Die Mahnung.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät der Universität Rostock
zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Referendar **Gerhard Schöning**

aus Hannover.

Druck von J. B. Meyer, Flensburg.
1912.

Die Mahnung.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät der Universität Rostock zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Referendar **Gerhard Schöning.**

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Druck von J. B. Meyer, Flensburg.
1912.

Referent:
Professor Dr. Walsmann.

Dem Andenken meines Vaters,

weil. Rechtsanwalt und Notar

Armin Schöning.

Literatur.

Bechmann, Die Mahnung. Bonn 1896.
Bekker, Jahrbuch für Dogmatik. Bd. 12.
Bensberg, Die Mahnung, Dissertation. Rostock 1905.
Bierling, Juristische Grundbegriffe.
Biermann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1908.
Binder, Rechtsstellung des Erben.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft; Geschäftsfähigkeit. Leipzig 1903.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1879. Bd. 2.
Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Claparède de, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzug. Genf 1903.
Crome, System des bürgerlichen Rechts. 1900.
Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte. Jena 1906.
Dernburg, Pandekten; Das bürgerliche Recht. 1906.
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum St. G. B.
Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1911.
Eltzbacher, Handlungsfähigkeit.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 1906.
Gierke, Das deutsche Privatrecht. Leipzig 1895.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
Hellmann, Zur Lehre von der Willenserklärung. Jherings Jahrb. Bd. 42.
Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie. 1910.
Hölder, in Jherings Jahrb. Bd. 58; ders. Bd. 18, Bd. 55; ders. in Arch. für civil. Pr. Bd. 73.
Immerwahr, Die quittierte Rechnung.
Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäftes. Jena 1899.
Jacobi, Die Theorie der Willenserklärung. 1910.
Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877.
Kipp, in Deutsche Juristenzeitung 1903; in der Festgabe für Koch.
Kohler, in Jherings Jahrb. Bd. 16, 18.
Löning, Der Vertragsbruch. 1876.
Landsberg, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. 1904.
Lenel, in Jherings Jahrb. Bd. 19.
Leonhardt, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgem. Teil. Berlin 1900; ders. Deutsche Juristenzeitung 1905.

Lotmar, Ueber die causa im röm. Recht. Dissertation. München 1875.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907; ders. Anwendungsgebiet.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 1910.
Merkel, Enzyklopädie.
Mitteis, Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Jherings Jahrb. Bd. 28 S. 85 ff.
Mommsen, Beiträge zum Obligationsrecht, 3. Abt. Braunschweig 1855.
Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Berlin 1900.
Motive zum Entwurf eines B. G. B.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches; ders. Festgabe für Wilke. 1900.
Oertmann, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 1906.
Oberlandesgerichtsentscheidungen, Stuttgart im Recht 1909, Posen in Jur. Mon. für Posen. 1904.
Paech, Der Leistungsverzug, eine Studie zum B. G. B. Berlin 1902.
Petersen, in Deutsche Juristenzeitung. 1899.
Pernice, Rechtsgeschäft und Rechtsordnung in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 465 ff.
Pininski, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1907.
Regelsberger, Handbuch der Pandekten. Leipzig 1893; ders. Jherings Jahrb. Bd. 40.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch.
Reichsgerichtsentscheidungen Bd. 9, 14, 27, 50, 57, 60, 65, 68.
Reichsoberhandelsgerichtsentscheidungen Bd. 7, 9, 16, 18.
Rosenberg, Stellvertretung im Prozess. Berlin 1908.
Rümelin, Arch. Civ.-Pr. 93.
Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gem. Recht. Berlin 1889.
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Schlossmann, Der Vertrag. Leipzig 1876.
Savigny, System des heutigen Rechts. Berlin 1840.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht. Bd. 3.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
Walsmann, Irrtum im Prozessrecht. Jherings Jahrb. Bd. 54.
Wedemeyer, Abschluss eines obligatorischen Vertrages; ders. Deutsche Juristenzeitung. 15. II. 1912.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Wittmaack, Voraussetzungen des Schuldnerverzuges. Dissert. Leipzig 1908.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

Inhaltsübersicht.

		Seite
§ 1.	Die Mahnung ist eine der Voraussetzungen des Schuldnerverzuges	1
§ 2.	Begriff und Zweck der Mahnung	4
§ 3.	Die rechtliche Natur der Mahnung	5
§ 4.	Die Personen der Mahnung	26
§ 5.	Die Form der Mahnung	33
§ 6.	Der Inhalt der Mahnung	37
§ 7.	Die Zeit der Mahnung und der Ort der Mahnung	41
§ 8.	Ist die Mahnung unter Bedingung oder Befristung gültig?	45
§ 9.	Kommen die Vorschriften über Willensmängel B. G. B. §§ 116—124 analog zur Anwendung?	47
§ 10.	Die Mahnung bei gegenseitigen Verträgen	51
§ 11.	Verteilung der Beweislast im Falle des Rechtsstreites	53
§ 12.	Fälle, in denen der Verzug auch ohne Mahnung eintreten kann	54

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0043

§ 1.

Die Mahnung ist eine der Voraussetzungen des Schuldnerverzuges.

Ebenso, wie im römischen Recht[1]), gehört nach bürgerlichem Rechte die Mahnung zu den Voraussetzungen, unter denen der Schuldnerverzug eintritt.

Die interpellatio des römischen Rechtes[2]) war eine Aufforderung von Seiten des Gläubigers an den Schuldner, die geschuldete Leistung vorzunehmen und enthielt gleichzeitig die Annahmebereitschaft des Gläubigers.

Die Handlungsfähigkeit des Gläubigers wie des Schuldners waren unbedingte Voraussetzungen der interpellatio. Diese musste durch den Gläubiger geschehen, welcher aber einen Dritten zu seiner Vertretung befugen konnte. Die interpellatio musste gerichtet sein an den Schuldner oder auch an den zu dessen Vertretung befugten Dritten.

Der Minderjährige brauchte nicht zu mahnen, der Schuldner kam ihm gegenüber mit der Fälligkeit der geschuldeten Leistung in Verzug, mit Grossjährigkeit des Gläubigers hörte dieser Verzug jedoch auf; bei Forderungen aus Delikten galt der Satz: „fur semper in mora".

An eine bestimmte Form war die Mahnung nicht geknüpft, so war besonders Gerichtlichkeit der Mahnung nicht erforderlich. Ihr Inhalt musste auf die Schuld gerichtet sein, sie war ungültig, wenn sie etwas anderes vom Schuldner verlangte, als dieser zu leisten verpflichtet war; auch eine pluspetitio machte die Mahnung schon ungültig.

---

[1]) L. 32 pr. D. de usuribus et de mora 22, 1: Mora fieri intellegitur non ex re sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit.

[2]) Vergl. Windscheid, Pandekten II S. 81 ff. Dernburg, Pandekten II S. 110 ff.

Vor Fälligkeit hatte die Mahnung keine rechtliche Wirkung. Auch durfte sie nicht Leistung zu einer Zeit verlangen, zu welcher der Schuldner zu leisten nicht verpflichtet war. Dasselbe galt von dem Orte der Leistung. Andererseits brauchte die Mahnung nicht am Leistungsorte selbst zu erfolgen, aber sie musste doch opportuno loco geschehen.

Der interpellatio gleichgestellt war die Klagerhebung auf Leistung und die Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren.

Nicht gültig war im römischen Rechte der Satz „dies certus interpellat pro homine."

Eine beglaubigte schriftliche Erklärung konnte die Mahnung ersetzen, wenn die Zustellung wegen Abwesenheit des Schuldners oder wegen eines sonstigen die Person desselben betreffenden Umstandes unmöglich war.

Im Gegensatze zum römischen Rechte neigte das deutsche Recht dazu [1]), lediglich die Fälligkeit der schuldnerischen Leistung zur Voraussetzung des Eintritts des Verzuges zu machen, ohne eine Mahnung für erforderlich zu erachten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Mahnung als eine Voraussetzung des Schuldnerverzuges in seinem Recht der Schuldverhältnisse und zwar im allgemeinen Teil dieses Buches, da ein Verzug bei sämtlichen Schuldverhältnissen des B. G. B. denkbar ist und dementsprechend gleiche Behandlung erfahren soll. Aber nicht nur im Gebiet des Obligationenrechts ist der Schuldnerverzug möglich, auch darüber hinaus erstreckt er sich gegebenenfalls über das Gebiet des ganzen B. G. B. So zum Beispiel im Sachenrecht kann der Finder mit der Herausgabe der gefundenen Sache in Verzug kommen, im Familienrecht der Verlobte, der grundlos die Verlobung aufhebt, mit der Herausgabe des ihm von dem andern Teil Geschenkten oder zum Zeichen des Verlöbnisses Gegebenen, schliesslich im Erbrecht der Erbe mit der Herausgabe des Vermächtnisses.

Unter dem Abschnitt „Verpflichtung zur Leistung" [2]) sind nun die näheren Voraussetzungen des Schuldnerverzuges in

[1]) Siehe Löning, Der Vertragsbruch, Strassburg 1876.

[2]) Mit Recht hat der Gesetzgeber den Schuldnerverzug unter diesen Abschnitt gestellt, denn der Schuldnerverzug ist ein Verstoss gegen die

den §§ 284 u. 285 geregelt. Dort heisst es § 284: „Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf Leistung, sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren gleich. Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet. Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt."

§ 285 lautet: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat."

Es genügt also auch nach dem B. G. B. nicht lediglich der Umstand, dass die Leistung fällig ist, um die Folgen des Verzuges gegen den Schuldner eintreten zu lassen. Es ist vielmehr erforderlich, dass die Verspätung der Leistung auf einer Verletzung des vorliegenden Schuldverhältnisses beruht. Eine solche Verletzung tritt aber erst ein, wenn der Gläubiger den Schuldner aufgefordert hat zu leisten und trotzdem die Leistung nicht erfolgt.[1]) In dem Umstande allein, dass die Leistung fällig ist — und die meisten Verpflichtungen werden ohne Befristung eingegangen, sind also schon von ihrer Entstehung an fällig, quod sine die debetur statim debetur, § 271 Abs. 1 B. G. B. — ist eine Verletzung des Schuldverhältnisses nicht zu finden. Denn es gibt keine Bestimmung im B. G. B., die etwa festsetzte, dass der Schuldner aus freien Stücken die Leistung anbieten müsse.

Verpflichtung zur Leistung, der Gläubigerverzug hingegen bedeutet nur eine Nichtgeltendmachung eines Rechts, daher behandelt ihn das Gesetz in einem besonderen Abschnitt.

[1]) Ob ein Verzug vorliegt, entscheidet sich allerdings erst nach Ablauf eines billigen Zeitraumes, der dem Schuldner belassen werden muss, um seiner Verpflichtung nachkommen zu können. Während dieser Zeit haftet der Schuldner, wenn er wirklich seine Verpflichtung zu erfüllen sucht, nach Massgabe des zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses und noch nicht in der durch den Verzug verschärften Weise. cf. Paech a. O. S. 48.

Mit der Fälligkeit der Leistung verbindet sich nur ein Forderndürfen des Gläubigers, aber noch kein Leistenmüssen des Schuldners. Auch wird der Gläubiger häufig trotz Fälligkeit der Leistung ihre Erfüllung noch gar nicht wünschen und es wäre unbillig, wenn das Gesetz trotzdem an die Fälligkeit schon die Verzugsfolgen knüpfen würde. Es bedarf hierzu erst einer Aufforderung zur Leistung, das heisst, einer Mahnung.

§ 2.

Begriff und Zweck der Mahnung.

Die Mahnung ist die nach dem Eintritt der Fälligkeit an den Schuldner ergangene Aufforderung des Gläubigers, die Leistung zu bewirken. Diese Begriffsbestimmung der Mahnung ist ebenso im § 245 des ersten Entwurfes zum B. G. B. gegeben worden und an sie haben sich die in der Literatur aufgestellten Definitionen mehr oder weniger angeschlossen. Das B. G. B. selbst enthält sich einer Begriffsbestimmung, jedoch lässt sich aus den oben zitierten §§ 284 und 285 entnehmen, dass es sich ebenfalls die Begriffsbestimmung des Entwurfes zu eigen gemacht hat.

Um den Zweck der Mahnung erkennen zu können, haben wir m. E. zweierlei zu unterscheiden. Einmal den Zweck, den der Gläubiger mit der Mahnung verfolgt, und dann den Zweck, den das Gesetz bei der Aufstellung der Mahnung als Voraussetzung des Schuldnerverzuges im Auge hatte. Der Zweck des Gläubigers ergibt sich ohne weiteres aus dem Begriff der Mahnung, nämlich der, dem Schuldner mitzuteilen, dass er, der Gläubiger, nunmehr Erfüllung der Verpflichtung fordere. Denken wir an praktische Fälle, so wird dies sofort klar. Die Übersendung einer Quittung z. B. ist, wie wir unten sehen werden, eine gültige Mahnung und zwar ein typischer Fall derselben. Aus der Quittung geht klar und deutlich der Zweck der Mahnung hervor, der Schuldner soll zahlen, soll seine schuldige Leistung erfüllen. Das Gesetz dagegen verfolgt mit der Mahnung als Voraussetzung des Schuldnerverzugs einen ganz anderen Zweck

Das Gesetz hat stets die Tendenz, den wirtschaftlich Schwächeren zu schützen, hier also den Schuldner. Er ist der wirtschaftlich Schwächere, er soll einer Verpflichtung nachkommen, er soll leisten, er muss aus seinem Vermögen etwas hergeben, was dem Gläubiger zuwächst. Es sollen ihn nicht sogleich ohne weiteres die schweren Folgen des Verzuges treffen, er soll vorher an seine Verpflichtung erinnert werden. Auch die Rücksicht auf den Verkehr erfordert dies. Denn es kann vom Schuldner nicht immer verlangt werden, dass er genau Bescheid weiss über den Eintritt der Fälligkeit seiner einzelnen Verpflichtungen. Erfüllt der Schuldner dann trotz der Mahnung nicht, so treffen ihn mit Recht die gesetzlichen Folgen des Verzuges.[1])

§ 3.

Die rechtliche Natur der Mahnung.

Die rechtliche Natur der Mahnung ist in der Literatur schon z. Z. des röm. gemeinen Rechtes Gegenstand heftigen Streites gewesen. Die Kodifikation durch das B. G. B. hat diesen Streit nicht beendet, im Gegenteil von neuem angefacht. Der Grund ist hauptsächlich darin zu finden, dass gegen Ende des 19. Jahrhunderts die Grundbegriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung geklärt erschienen und man die Mahnung unter diese Begriffe klassifizierte. Mit Entstehung des B. G. B. wurden nun aber diese Begriffe von neuem in den wissenschaftlichen Streit gezogen. Hatte doch das B. G. B. es vermieden, Definitionen der Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung zu geben, wobei es aber die Begriffe selbst verwertete und in scheinbar unerklärlicher Weise miteinander vertauschte. Hierzu kam, dass gegen Ende des vorigen Jahrhunderts der bis dahin geltenden Willenstheorie die Vertrauenstheorie gegenüber trat. Es wurden ferner dem Rechtsgeschäft und der Wollenserklärung neue Begriffe und Ausdrücke entgegen und zur Seite gestellt, so wurden die Begriffe wie Willens- und Sollenserklärung,

[1]) Festgelegt in den §§ 286 bis 292 B. G. B.

Wollensgeschäfte, Mitteilungen und Rechtshandlung im engeren Sinne geschaffen und in den Streit geworfen. Die Willenserklärung wurde in empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige geschieden.

Hier ist es nun zunächst unsere Aufgabe, soweit es eben nach dem Stande der heutigen Wissenschaft möglich ist, Klarheit zu schaffen, die Fundamentalbegriffe voneinander abzusondern und die Berechtigung der Neubezeichnungen zu kritisieren. Erst dann wird es möglich sein, die Mahnung ihrem Wesen und Zweck entsprechend einzuordnen.

Die Gesamtheit derjenigen Tatsachen, die vorhanden sein müssen, um eine Rechtswirkung, die in der Entstehung, Änderung oder Aufhebung von Rechten bestehen kann, herbeizuführen, nennen wir einen rechtserheblichen Tatbestand. Die einzelne dieser Tatsachen, die juristische Tatsache genannt wird, kann nun entweder eine rein objektive Tatsache sein, das sind Ereignisse wie z. B. Geburt und Tod des Menschen, Ablauf einer Frist, eine behördliche Anordnung, oder aber das Verhalten eines Menschen, das sich meist als eine Handlung darstellt. Diese Rechtshandlung kann nun wieder eine positive oder negative (d. i. Unterlassung) sein. Von diesen Handlungen haben wir zunächst diejenigen auszuscheiden, die unerlaubt sind; diese sind rechtserheblich wegen ihrer Rechtswidrigkeit. Wir haben es aber bei der Untersuchung der rechtlichen Natur der Mahnung nur mit einer erlaubten Handlung zu tun. Hierher gehört zunächst der vom B. G. B. gebrauchte Begriff der Willenserklärung. [1])

---

[1]) Isay, Hartmann und Pininski bestreiten, dass die Willenserklärung als Handlung bezeichnet werden dürfe. Sie behaupten, der Ausdruck Handlung sei nicht erschöpfend, denn es könne auch eine Unterlassung eine Willenserklärung sein, auch z. B. die stillschweigende Willenserklärung, die doch keine Handlung sei. Ausserdem sagt Isay a. a. O. S. 13 sei die Willenserklärung nicht eine einzige Handlung, sondern sie sei das ganze für den Schluss auf den Willen in Betracht kommende Verhalten. Dies letzte zugegeben, muss man den Begriff Handlung so interpretieren, dass das Gesamtverhalten darunter zu verstehen ist. Auch das Str. G. B. § 1 hat den Begriff so extensiv interpretiert, denn unter den Begriff Handlung fallen im Sinne des Strafgesetzbuches auch Unterlassungen und das Gesamtverhalten des Täters. Vergl. hierzu Staudinger Bd. I S. 342 ff.

Vielfach hat man in der Literatur auch heute noch statt der Willenserklärung das Rechtsgeschäft dem Oberbegriff der juristischen Handlung untergeordnet. Das ist aber nicht richtig. Denn das Rechtsgeschäft ist, wie wir später sehen werden, nicht eine Handlung, sondern ein Tatbestand, der allerdings eine oder mehrere Handlungen, nämlich Willenserklärungen enthält, durch die der Tatbestand des Rechtsgeschäfts aber erst entsteht.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt eine Definition der Willenserklärung nicht. Die Motive I S. 126 sagen: „Unter Willenserklärung wird die rechtsgeschäftliche Willenserklärung verstanden."

Wie schon das Wort sagt, besteht die Willenserklärung aus zwei Elementen, dem Willen und der Erklärung.[2]) Zur Entwicklung des Rechtsbegriffs der Willenserklärung kommt es nun darauf an, klarzulegen, welche Bedeutung diese beiden Elemente in dem Tatbestand der Willenserklärung haben, insbesondere, in welchem Verhältnis diese beiden Begriffe zueinander stehen.

Vor allem haben wir zunächst an dem fundamentalen Rechtsgrundsatz festzuhalten, dass die massgebende Bedeutung des Parteiwillens für den Rechtserfolg das vornehmste Kriterium der Willenserklärung gegenüber allen anderen rechtswirksamen Handlungen ist. Dieser Satz ist vielfach angegriffen worden. Teils hat man behauptet, die Wirkungskraft der Willenserklärung beruhe auf dem Willen des Gesetzes,[3]) teils hat man aus beiden extremen Anschauungen die Synthese gebildet.[4]) Da wohl allgemein zugegeben

---

[1]) Vergl. Enneccerus Bd. I S. 330. Nur in ganz bestimmten einzelnen Fällen deckt sich der Begriff des Rechtsgeschäfts und der der Willenserklärung, z. B. bei der Kündigung.

[2]) Warum Hölder in Jherings Jahrb. Bd. 58 eine solche Teilung ins Lächerliche zieht, ist nicht recht verständlich. Er vergleicht sie mit einer Liebeserklärung, die demnach erstens aus der Liebe und zweitens der Erklärung bestände! —

[3]) So Brinz-Lotmar Pand. Bd. IV 1892 § 522, auch Kipp-Windscheid Pand. I § 63, 68; Breit, Geschäftsfähigkeit S. 137; ebenso Hölder, Schlossmann, Kohler, Lenel.

[4]) So Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. S. 1 ff., 4 ff.

wird, dass die Rechtsordnung nur die mittelbare Ursache des eintretenden Rechtserfolges sein kann, so wird man dieser letzten Anschauung mindestens folgen müssen. Aber grundsätzlich kann man sagen, dass die Rechtsordnung auf dem Standpunkt steht, auf dem Gebiete des Privatrechts, dem ihre Sanktion zu erteilen, was die Parteien miteinander abmachen. Aber der Parteiwille kann nicht aus eigener Machtvollkommenheit rechtliche Wirkungen hervorbringen, wie es z. B. Ryck [1]) lehrt, der Inhalt und Eintritt der Rechtsfolgen ausschliesslich auf den Parteiwillen zurückführen will. Es bedarf vielmehr zunächst des Bestehens einer Rechtsordnung. Denn nur, wenn diese besteht, kann die Willenserklärung Rechtswirkungen haben. Bestände sie nicht, so könnte man der menschlichen Handlung etwa konventionelle Folgen zuschreiben, aber unmöglich rechtliche. Man kann nicht von einer Privat- oder Parteiautonomie sprechen. Denn hier werden keine Rechtsvorschriften, sondern nur Rechtsverhältnisse begründet. Ebensowenig ist die Willenserklärung bezw. das Rechtsgeschäft Gesetz. Nur dadurch, dass eine Rechtsordnung besteht und für jeden konkreten Fall, mit dem die Partei einen Erfolg erstrebt, ein — wenn auch nur in ganz allgemeiner Form gehaltenes — abstraktes typisches Abbild des Erfolges gibt, nur dadurch ist die Partei imstande, Rechtswirkungen hervorzubringen. Der Wille der Partei ist aber die eigentlich lebendige Kraft. Die Rechtsordnung ist die Ursache, die diesen Parteiwillen zur Ursache und die Wirkung zur Wirkung dieser Ursache macht, der Parteiwille ist, wie Rosenberg sagt, produktives Organ der Rechtsordnung. [2])

Vielfach jedoch setzt diese Rechtsordnung dem Parteiwillen Schranken entgegen. So z. B. wenn die Partei einen

---

[1]) Ryck in der Festgabe für Beseler S. 124 ff. Ryck bekämpft hier besonders die Ansicht Windscheids Pand. I. § 69, dass die auf Entstehung usw. von Rechten gerichtete Willenserklärung lediglich ein Tatbestand sei, an dessen Vorliegen die Rechtsordnung den Eintritt der Rechtsfolge erst knüpft, wie etwa an die Separation den Fruchterwerb des Eigentümers. Ebenso Bierling, Juristische Grundbegriffe II S. 72. Dagegen siehe besonders Manigk, Anwendungsgebiet S. 4 ff. Nultus effectus sine lege, nicht: lex causa omnium effectuum.

[2]) Vergl. Pernice in Grünhuts Zeitschr. Bd. VII S. 472. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 280.

Rechtserfolg erstrebt, der gegen die Interessen der Allgemeinheit verstossen würde, hier greifen die §§ 134 und 138 B. G. B. Platz. Oder in den §§ 617, 618, 619 B. G. B., wo aus sozialen oder sonstigen rechtspolitischen Gründen die Parteiwillkür eingeschränkt wird. Im Sachen-, Familien- und Erbrecht hat die Rechtsordnung im Gegensatz zum Obligationenrecht fast nur ganz bestimmte Typen aufgestellt, die eine Abweichung auf Grund des Parteiwillens ausschliessen. Dass der Parteiwille nicht schrankenlos Rechtsverhältnisse schaffen kann, ist auch in der Praxis in einer Entscheidung des Reichsgerichts im 58. Bande S. 346 zum Ausdruck gebracht. Es ist hier folgende Begriffsbestimmung der Willenserklärung aufgenommen. Willenserklärungen sind „Erklärungen, welche eine ihrem Inhalte kongruente Rechtsfolge vermöge der die Wirksamkeit des Parteiwillens in gewissen Grenzen anerkennenden Gesetzesmacht hervorzubringen bestimmt sind".

Ist somit das Bestehen einer Rechtsordnung Voraussetzung für jede rechtliche Folge, so ist damit noch nicht gesagt, dass nun auch im konkreten Fall, wenn eine menschliche Handlung einem gesetzlichen Typ entspricht, diese allein dadurch zu einer Willenserklärung wird. Es ist vielmehr noch erforderlich, dass der Wille des Handelnden darauf gerichtet ist, dass seine Handlung den eintretenden Rechtserfolg hervorbringen soll. Diese Forderung scheint der täglichen Beobachtung zu widersprechen, dass der eine Willenserklärung Abgebende nicht die rechtlichen Wirkungen, sondern nur den wirtschaftlichen Erfolg derselben sich vorstellt.

Dennoch wäre es verkehrt, wollte man von diesem Erfordernis absehen. Schon im römischen Recht war die Lehre geltend, dass die rechtliche Wirkung deshalb eintrete, weil sie gewollt sei. Dem trat zunächst Lotmar 1875 entgegen[1]),

Rosenberg, Stellvertretung S. 34.
Manigk, Anwendungsgebiet S. 6.
Landsberg, B. G. B. I, S. 75.
Oertmann, B. G. B. I, S. 297.
Staudinger, B. G. B. I, S. 325.
Matthiass, B. G. B. I, § 46 III.

[1]) In seiner Dissertation „Ueber causa im römischen Recht" S. 15 bis 18; ebenso Schlossmann in Grünhuts Zeitschr. 7 S. 569, Stellvertretung I

indem er die Richtung der Willenserklärung auf die Rechtsfolgen für nicht erforderlich erklärte. An die Stelle der Kaufrechtsfolgen trat bei ihm und seinen Anhängern das „eine Sache für Geld haben wollen". Diese Ansicht gewann nun immer mehr Boden und entwickelte sich soweit, dass schliesslich Ehrlich sagen konnte, die Willenserklärung sei lediglich auf einen wirtschaftlichen Erfolg gerichtet. Noch weniger verlangt endlich Hellwig, ihm genügt es, wenn der erstrebte wirtschaftliche Erfolg mit hinreichender Deutlichkeit bezeichnet ist. In der Wissenschaft wird diese Richtung, die die Richtung der Willenserklärung auf die Rechtsfolgen verneint, als die Grundfolgetheorie bezeichnet im Gegensatz zu der auch von uns vertretenen Rechtsfolgetheorie. Den Grundfolgetheoretikern wirft Henle mit Recht vor, was aus der juristischen Willenserklärung wohl werden sollte, wenn es wirklich genüge, dass sie sich ausschliesslich auf einen wirtschaftlichen Erfolg richte. Auf diese Weise werden fast alle Willensäusserungen zu juristischen Willenserklärungen. Jede gedruckte Reklame, jede Versendung einer Preisliste, jeder Lokale mit Damenbedienung anzeigende Zettel, der in der Friedrichstrasse zu Berlin uns in die Hand gesteckt wird, ist dann eine juristische Willenserklärung. Denn alle diese Willensäusserungen richten sich ohne Zweifel auf einen wirtschaftlichen Erfolg, zumal im letzten Falle. Andererseits kann bei einer Eigentumsübertragung doch nicht lediglich

---

S. 273 ff., II S. 18 ff. Hölder in Jherings Jahrb. Bd. 18 S. 155, neuerdings in Bd. 58 S. 101 ff.; Lenel in Jherings Jahrb. Bd. 19 S. 154 ff.; Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung S. 2 ff.; Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozessrechts II S. 145 ff.; ebenso Thon, Rechtsnorm S. 35. Hölder, Danz, Isay, Breit, Neumann in der Festgabe für Wilke S. 211.

Diese Richtung der sog. Grundfolgetheoretiker ging Hand in Hand mit der Verneinung des Einflusses des Parteiwillens auf den Rechtserfolg. Hatte dieser keinen Einfluss auf den Rechtserfolg, so war es auch nicht nötig, dass er sich auf ihn erstreckte.

Vielfach wird diese Frage, ob die Willenserklärung auf Rechtsfolgen lauten müsse oder nicht, mit dem Streit der Anhänger der Willenstheorie bezw. der Erklärungstheorie zusammengeworfen. Diese Fragen haben an sich garnichts miteinander zu tun; der Kernpunkt der Willenstheorie bezw. der Erklärungstheorie liegt darin, ob der innere Wille und die Erklärung übereinstimmen müssen, oder nicht.

der wirtschaftliche Erfolg zu einer Erfassung des realen Lebens genügen. Es ist vielmehr unbedingt erforderlich, dass die Erklärung auf einen Bindungserfolg lautet, es muss eine höhere Ordnung, ein Normenkomplex angerufen werden.[1]) Es fragt sich nur, ob die Richtung auf irgend einen Bindungserfolg genügt, oder ob der angerufene Normenkomplex die Rechtsordnung sein muss. Bechmanns[2]) empirische Absicht denkt offenbar an eine abstrakte Normenanrufung. Es handelt sich bei ihm weder um eine ökonomische noch um eine juristische, sondern um eine ethische Anschauung: „Die Verpflichtungsabsicht und die entsprechende Absicht der Annahme hat der einzelne möglicherweise ohne alle bestimmte Vorstellung darüber, ob die Wirkung sich auf sittlichem, religiösem, rechtlichem, sozialem Gebiete vollziehen wird.“[3]) Auch Hölder[4]) will eine Bindung, aber auch nur eine solche in abstracto. Andere sehen wieder von der Anrufung irgend eines Normenkomplexes überhaupt ab. So zum Beispiel Breit.[5]) Er hält es nicht für möglich, für alle Fälle eine passende Formel zu finden, dazu sei das Leben viel zu fein und schliesslich sei es Sache des Richters, im einzelnen Falle festzustellen, ob der Wille des Handelnden ein genügender sei, oder nicht.

Das stärkste Argument gegen alle diese Gegner der Rechtsfolgetheorie ist die Beantwortung der Frage, wo liegt

---

[1]) Windscheid a. a. O. S. 312 Anm. 1 a; Pininski a. a. O. S. 295 ff.; Savigny III S. 5, 6; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 229 ff.; Dernburg I § 91,2; gegen Ehrlich besonders Hellmann kr. V. J. Schr. XXXVII S. 171 ff.; Dernburg, B. G. B. I § 107 II, 2; Regelsberger, Pand. III S. 488 ff.; Eltzbacher, Handlungsfähigkeit S. 149 f.; Landsberg I S. 154 ff.; Matthiass a. a. O. S. 89 und § 52 ff.; Biermann, S. 114; Oertmann I S. 346; Planck I S. 179, und offenbar auch Rosenberg, Stellvertretung im Prozess S. 42 ff.; vergl. Henle S. 265 ff.; Enneccerus I S. 348 und Anm. 3.; ebenso in der Praxis, so das Reichsgericht Bd. 68 S. 324 ff.: „Dagegen darf die auf eine Rechtswirkung gerichtete Absicht des Erklärenden im Tatbestande eines Rechtsgeschäftes niemals fehlen. Fehlt sie, so liegt ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht vor, weder ein wirksames, noch ein unwirksames.“ R. G. Bd. 60 S. 41, S. 43. R. G. Bd. 65 S. 19.

[2]) Bechmann, Der Kauf II S. 1 ff.

[3]) Bechmann a. a. O. S. 14.

[4]) Hölder in Jherings Jahrb. Bd. 55 S. 425 ff.

[5]) Breit, Geschäftsfähigkeit S. 127 ff.

die Grenze zwischen der juristischen Willenserklärung und der unjuristischen Willensäusserung. Wie soll das Nichteingreifen des Rechtszwanges bei der Einladung zum Mittagessen verstanden werden?[1]) Einmal könnte man ja in einem solchen Falle den Rechtserfolg für stillschweigend ausgeschlossen halten. Dies lehrt Danz.[2]) Nach ihm tritt ein Rechtserfolg nicht ein, wenn aus der Willenserklärung hervorgeht, dass ein Rechtserfolg nicht entstehen soll, sei es, dass es ausdrücklich von den Parteien so ausgemacht ist, sei es, dass es nur stillschweigend erfolgt ist. Wie Henle[3]) richtig hierzu sagt, gibt es wohl kaum einen unglücklicheren Gedanken als diesen. Es gibt doch eine unendliche Mehrzahl von Willensäusserungen, die keinen Rechtserfolg herbeiführen sollen, als umgekehrt. Da wäre es doch viel richtiger, dass die Parteien in den wenigeren Fällen, wo es sich um eine juristische Willenserklärung handelt, den Rechtserfolg beabsichtigen, als umgekehrt ausschliessen. Anders versucht Lenel[4]) die Abgrenzungsfrage zu lösen. Er sieht das Entscheidende darin, ob das durch das obligatorische Versprechen erregte Vertrauen auf Erfüllung desselben dem Rechte schutzwürdig erscheint. Schutzwürdig sind nach ihm diejenigen Willensäusserungen, die durch historische Entwicklung des Rechtsschutzes teilhaftig geworden sind und auf einen Bindungserfolg lauten. Allerdings haben nun wohl manche Rechtsakte, wie Kauf, Miete, Pacht, Auftrag usw. historisches Anrecht auf Schutzwürdigkeit. Aber bei der Beweglichkeit des heutigen Rechtes, wo häufig neue Rechtstypen obligatorischer Versprechungen auftreten, ist doch den neuen Normen kein historisches Anrecht auf Schutzwürdigkeit zuzuerkennen. Hieran dürfte dieser Versuch einer Abgrenzung ohne Anrufung der Rechtsordnung scheitern.[5]) Es ist eben nicht anders möglich, die juristische Willenserklärung abzusondern von Gefälligkeit und Sitte, als dass die Willenserklärung die Rechtsordnung anruft, d. h. also auf einen Rechtserfolg lautet.

[1]) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 27.
[2]) Danz, Auslegung S. 12 f.
[3]) Henle a. a. O. S. 281.
[4]) Lenel in Jherings Jahrb. Bd. 19 S. 202 ff.
[5]) Vergl. Henle S. 284.

Nun wird im allgemeinen die Partei bei Abgabe einer Willenserklärung nicht ausdrücklich die Rechtsordnung anrufen. Es wird auch nicht die juristische Konstruktion in der Erklärung zum Ausdruck kommen, ja, es wird meistens der Partei die rechtliche Seite ihrer Erklärung garnicht zum Bewusstsein kommen, sie wird lediglich an einen wirtschaftlichen Erfolg denken. Trotzdem kann die erforderliche Willensrichtung vorhanden sein, auch wenn das Wollen der Rechtsfolgen als solcher nicht in das Bewusstsein des Erklärenden getreten ist. Es genügt, wenn der Wille zum rechtlichen Erfolge dem Unterbewusstsein angehört. „Der einzelne Laie wird sich nicht immer klar zum Bewusstsein bringen, was das Recht ihn wollen lässt. Recht und Rechtswissenschaft bringen in begriffsmässige Gestalt, was von ihm unvollkommen in nicht juristisch technischer Fassung gedacht und gewollt ist.“ [1] Fragt man die Partei nach Abgabe ihrer Willenserklärung, ob sie sich auch bewusst sei, welche Rechtsfolgen auf ihre Erklärung hier einträten und ob sie deren Eintritt wolle, so wird sie sagen, sie habe sich dieses im Augenblicke der Erklärung nicht klar gemacht, aber selbstverständlich sollten die rechtlichen Folgen eintreten. Der Krämer z. B., der einen Zuckerhut verkauft und den Preis kreditiert, weiss sehr wohl, dass nunmehr der Käufer Eigentümer des Zuckerhutes geworden ist und er will dies auch; der Käufer weiss auch, dass er Eigentümer des Hutes geworden ist und wollte dies auch und er weiss auch, dass er verpflichtet ist den Kaufpreis zu zahlen. Alle diese Rechtswirkungen liegen bei dem Kaufhandel zum mindesten im Unterbewusstsein der Parteien. Allerdings wird man nicht erwarten können, dass nun sämtliche etwa eintretenden rechtlichen Folgen Gegenstand der Willenserklärung sind. Einer Willenserklärung und noch mehr einem obligatorischen Vertrage entspringen oft eine grosse Reihe von Rechtsfolgen, die von den Parteien sicherlich nicht überschaut werden können, ja die womöglich von den Parteien vermieden werden sollten. Es genügt, wenn die

[1] Karlowa, Rechtsgeschäft S. 177; Eisele in Kr. V. J. Schr. Bd. 20 S. 7; Windscheid-Kipp I S. 311a; Zitelmann, Allg. Teil S. 88; Walsmann für das Prozessrecht in „Irrtum im Prozessrecht“ S. 33 ff.

unmittelbare Rechtsfolge, die Hauptwirkung gewollt ist. Diese muss aber gewollt sein. Es genügt nicht, dass irgend eine Rechtsfolge gewollt ist, wenn dieser Wille nicht auch ursächlich für die Rechtspflege ist. Henle[1]) nennt diese unmittelbaren Rechtsfolgen die Rechtsfolgen erster Ordnung. Es müssen die Elemente gewollt sein, die der Erklärung wesentlich sind, um sie zu einem Geschäft bestimmter Art zu machen, das heisst also die essentialia negotii müssen gewollt sein. Zu ihnen ergänzt das Gesetz aus sich selbst heraus die naturalia negotii, die aber von den Parteien ausgeschlossen werden können. Wollen die Parteien aber noch besondere Rechtsfolgen entstehen lassen, so können sie diese mit den essentialia verbinden, allerdings müssen diese dann ausdrücklich in der Willenserklärung enthalten sein und soweit diese dem Wesen der Willenserklärung entsprechen, treten diese Rechtsfolgen ein als sogenannte negotii accidentalia.

Zu diesem rechtsgeschäftlichen Willen, dem Geschäftswillen, der, wie wir gesehen, auf die Begründung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses, d. h. seinem Inhalte nach auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sein muss, tritt nun als weiteres Erfordernis der Wille, diesen Geschäftswillen zu erklären und zwar in der Absicht, ihn kundzumachen. Das Gesetz erfordert diese Kundmachung aus Gründen der Zweckmässigkeit und Verkehrssicherheit. Der innere Wille an sich ist zunächst für das Rechtsleben ohne Belang und zwar nicht allein, weil er zumeist kaum oder nur schwer zu erkennen ist — etwa durch Eideszuschiebung —, sondern besonders, weil er als innerer Vorgang nicht klar genug ist, um an ihn Rechtswirkungen zu knüpfen.[2]) Der Wille muss also geäussert, erklärt

[1]) Henle S. 296. Zitelman in Jher. Jahrb Bd. 16 S. 396 ff., 426 ff. spricht von „gewillkürten" und „notwendigen" Rechtsfolgen. In „Irrtum und Rechtsgeschäft" S. 258 nennt er sie Hauptrechtsfolgen und „Neben-" oder „Nachrechtsfolgen". Enneccerus Rechtsgeschäft nennt sie „Willenswirkungen und Gesetzeswirkungen", ebenso im Lehrbuch I S. 349. Vergl. auch Kohler Jher. Jahrb. Bd. 16 S. 106—108; Rosenberg a. a. O. S. 46 ff.; Matthiass a. a. O. I S. 88; Biermann I S. 129; R. G. Bd. 64 S. 167; ebenso Oertmann I S. 346.

[2]) Vergl. dazu Näheres bei Zitelmann a. a. O. S. 34 ff.

werden.[1] Unter der Erklärung des Geschäftswillens ist nun jedes Verhalten zu verstehen, das den Rückschluss auf das Vorhandensein eines entsprechenden Willens zulässt. Die Bedeutung dieses Verhaltens kann man nun mit Oertmann als den „Erklärungswert" der Kundmachung bezeichnen. Dieser Erklärungswert bestimmt sich nach objektiven Gesichtspunkten. Die Frage lautet nicht, was hat der Erklärende mit seiner Erklärung gewollt, auch nicht wie hat der Anerklärte die Erklärung aufgefasst — er kann sich ja über den Sinn der Erklärung geirrt haben, vielmehr allein massgebend ist die Auffassung eines unbefangenen Beurteilers, dem alle Umstände bekannt sind, die für die Feststellung des Inhaltes der Erklärung in Betracht kommen. Im übrigen muss nach den Verkehrsanschauungen die Bedeutung des Verhaltens im einzelnen Fall beurteilt werden. Ein sicherer Schluss kann von dem Verhalten auf den Willen nie gezogen werden, „die Erfahrung des Lebens, Vernunft und Redlichkeit bei den Erklärenden vorausgesetzt, führt auf das, was als Wille der Partei zu gelten hat". [2] Dieses gewollte körper-

---

[1] Hellmann, Dogm. J. 42 S. 412 ff., Binder, Rechtsstellung des Erben S. 94 Anm. 70 u. a. m. wollen von der Willenserklärung scheiden die sogen. Willensbetätigungen, Willensverwirklichungen und Willensäusserungen. Binder a. a. O. und Hellmann verstehen unter Willenserklärung nur die empfangsbedürftige (vergl. dagegen aber den Wortlaut § 2231 „eine vom Erblasser . . . eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung" und die §§ 2078, 2238; ferner Isay a a. O. S. 48 ff.; Wedemeyer, Abschluss eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlung 1903 S. 53 ff.), ebenso Manigk, auch er kennt keine nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen. Er trennt von den Willenserklärungen die Willensgeschäfte, die keinen Kundgebungszweck verfolgen. Er steht aber im Widerspruch mit dem B. G. B. Dies bezeichnet beide Arten von Willenserklärung, die mit und die ohne Kundgebungszweck, als Willenserklärung. Andererseits ist es Manigks Verdienst, den Unterschied zwischen empfangsbedürftigen und nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen voll herausgearbeitet zu haben. Der Unterschied ist besonders wichtig für die Lehre von der Vollendung, der Anfechtung und der Auslegung der Willenserklärungen. Vergl. gegen Manigk Jacobi, die Theorie der Willenserklärung 1910 S. 72 ff; ferner Dernburg I § 106 II; Cosack § 51; Planck, Vorbem. zum 2. Tit. Nr. 3; Enneccerus, Lehrb. S. 349 Anm 7; Belege bei Oertmann I S. 312; Matthiass S. 94 § 48 I.

[2] Vergl. Matthiass S. 95.

liche Verhalten genügt aber noch nicht, um den Tatbestand der Willenserklärung zu erfüllen. Vielmehr muss der Erklärende sich auch bewusst sein, dass seine Handlung einen Erklärungswert hat,[1]) er muss den sogen. Erklärungswillen haben. Er braucht dabei aber nicht den wahren Inhalt seiner Erklärung zu wollen und auch keine Vorstellung davon zu haben. Dies geht ja schon aus § 119 B. G. B. hervor, denn sonst würde eine Erklärung, die mit dem angegebenen Inhalt überhaupt nicht abgegeben werden sollte, gar keine Willenserklärung sein, während sie das Gesetz doch anerkennt und nur der Anfechtung unterwirft. Der Erklärende braucht auch nicht den Willen zu haben, ein auf eine Rechtsfolge gerichtetes Wollen kundzutun oder zu erklären, wie es z. B. Manigk, Eltzbacher und Landsberg[2]) verlangen. Dem widerspricht § 118 B. G. B. Denn die nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung entbehrt des Geschäftswillens und doch knüpft das Gesetz in § 122 an sie die Pflicht zum Schadensersatz. Ebenso liegt bei Dereliktion und Okkupation in der Regel keine Absicht vor, einen Geschäftswillen kundzutun. Es genügt daher seitens des Erklärenden das Bewusstsein, dass aus seiner Erklärung auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann. Dieses Bewusstsein ist auch vorhanden bei einer nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung, wenn auch dabei die Erwartung vorhanden ist, dass der Mangel der Ernstlichkeit nicht verkannt werden möge, und auch in den Fällen der Dereliktion und Okkupation ist dieses Bewusstsein vorhanden. Ist dies Bewusstsein, dass aus der Aeusserung auf einen Geschäftswillen ge-

[1]) Oertmann S. 308, auch er verlangt Willen des Tuns, aber nur Bewusstsein des Erklärungswertes. Aehnlich auch Henle a. a. O. S. 530. Liegt dem äusseren Erklärungstatbestande der Handlungswille zugrunde und war der Erklärende sich des Sinnes der Handlung, aber nicht ihres Inhaltes bewusst, so ist die Willenserklärung anfechtbar, zunächst also gültig.

Eine dritte Ansicht von Planck, 3. Aufl., S. 208 und 210 vertreten, ebenso Wedemeyer S. 122 ff., begnügt sich mit einem Verhalten, das nach der Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände regelmässig den Schluss auf einen bestimmten Willen gestattet. Vergl. dagegen Enneccerus I 1 S. 350 Anm. 10.

[2]) Manigk, Willenserklärung S. 178 ff.; Eltzbacher, Handlungsfähigkeit S. 140, 145; Landsberg I S. 187, 198 f.

schlossen werden kann, nicht vorhanden, so liegt eine juristische Willenserklärung nicht vor. So ist z. B. das Neigen des Kopfes ohne das Bewusstsein, dass aus ihr auf die Annahme einer Offerte geschlossen werden könne, keine Willenserklärung. Andererseits ist sich der Jäger selbst bei „einsamer" Okkupation des Wildes sehr wohl bewusst, dass aus dem Schiessen und Einstecken des Wildes auf den Aneignungswillen geschlossen werden kann.[2])

Kurz zusammengefasst ergibt das bisher für die Definition der Willenserklärung Gewonnene:

> Der Inhalt der Erklärung muss mit dem Willen des Erklärenden darauf gerichtet sein, eine Rechtswirkung herbeizuführen, der sogen. Geschäftswille ist erforderlich. Dieser braucht nicht auf alle etwa eintretenden Rechtsfolgen gerichtet zu sein, sondern nur auf die dem Charakter des Geschäftes wesentlichsten. Der Geschäftswille muss geäussert werden und zwar mit Willen des Erklärenden, er muss einen objektiv zu bestimmenden Erklärungswert besitzen und der Erklärende muss sich bewusst sein, dass aus seiner Erklärung auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann (Erklärungswille).

Eine solche Willenserklärung vermag nun nur in gewissen Fällen selbständig eine Rechtswirkung hervorzubringen, so z. B. Auslosung, Erbeinsetzung und Kündigung. In anderen Fällen wird sie aber nur in Verbindung mit einer anderen Willenserklärung oder mit anderen Tatbestandsmomenten als Grund der Rechtswirkung anzuerkennen sein. Einen solchen Tatbestand bezeichnet man als Rechtsgeschäft.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist ein Produkt der modernen Systematik. Hugo hat ihn in die gemeinrechtliche Lehre eingeführt. Windscheid definiert das Rechtsgeschäft als eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung. Dernburg nennt sie eine Willenserklärung zur Ordnung der Rechtsverhältnisse des Erklärenden. Die Motive I 126 definieren: „Rechtsgeschäfte im Sinne des Entwurfes ist eine Privatwillens-

[2]) Vergl. Enneccerus I S. 350 f.

erklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist.“ Die Motive identifizieren ebenso wie die oben genannten Pandektisten Willenserklärungen und Rechtsgeschäft. Das B. G. B. hat von einer Definition des Rechtsgeschäftes abgesehen, es gebraucht aber auf dem Boden der gemeinschaftlichen Entwicklung stehend, ebenfalls Rechtsgeschäft und Willenserklärung gleichbedeutend. Allerdings braucht das B. G. B. den Ausdruck Willenserklärung besonders in den Fällen, wo die Willenserklärung als solche behandelt wird. [1]) Andererseits ergeben die Vorschriften der §§ 116—144 des Titels, der Willenserklärung überschrieben ist, dass ohne Grund beide Ausdrücke durcheinandergeworfen sind, also identifiziert sind. In den §§ 116, 117, 118 z. B. wird bestimmt, wann eine Willenserklärung nichtig sein soll, die §§ 139, 140, 141 sprechen dann aber von nichtigen Rechtsgeschäften, obgleich doch die Willenserklärungen der §§ 116—118 darunter fallen. Die §§ 119, 120 regeln die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit für Willenserklärungen, in § 142, wo die Wirkung dieser Anfechtbarkeit ausgesprochen wird, wird wieder der Ausdruck Rechtsgeschäft gebraucht.

Es war zuerst Bekker, [2]) der sich gegen diesen gleichbedeutenden Gebrauch von Willenserklärung und Rechtsgeschäft wandte. Er wies darauf hin, dass Willenserklärung nur die einzelne Willensbetätigung sei, während Rechtsgeschäft auch eine Mehrheit von solchen Willensbetätigungen umfasse. Diese Auffassung hat sich schon vor der Kodifikation durch das B. G. B. Bahn gebrochen, in der Wissenschaft ist sie jetzt herrschend. [3]) Die Momente, die erforderlich sind, um eine Rechtswirkung zu erzielen, ergeben zusammen einen Tatbestand. Dieser Tatbestand, den wir Rechtsgeschäft nennen, erzeugt die Rechtswirkung. Genügt nun zur Erzeugung der Rechtswirkung lediglich eine Willenserklärung, so können wir diese ebenfalls Rechtsgeschäft

[1]) cf. dagegen Isay S. 2.

[2]) Bekker, Jahrb. f. Dogm. Bd. 12 S. 31/32; ders. Pand. Bd II S. 11, 44.

[3]) Merkel, Encyklop. § 210; Regelsberger, Pand. S. 491/492; Gierke, D. Pr. R. S. 283; Leonhardt, Allgem. Teil S. 257 und fast sämtliche Lehrbücher und Kommentare.

nennen. Meist gehören zu einem solchen Tatbestande mehrere Willenserklärungen, so sind bei allen Verträgen zwei Willenserklärungen erforderlich. Auch andere Tatbestandsmomente sind häufig noch erforderlich. Es kann z. B. die Willenserklärung an eine bestimmte Form gebunden sein, § 125 B. G. B. Ferner können noch weitere Handlungen erforderlich sein, so z. B. die Uebergabe der Sache zum Erwerbe des Eigentums. Ferner bei allen empfangsbedürftigen Willenserklärungen der Empfang durch den Adressaten, bei gewissen Realakten wie Darlehn die Hingabe der geliehenen Sache. Auch Ereignisse können erforderlich sein, so z. B. der Tod dessen, der ein Geschäft von Todeswegen vorgenommen hat.

Aber nur dieser Tatbestand bildet das Rechtsgeschäft, nicht gehört dazu auch die Summe der Rechtsfolgen.[1]) Auch sind diese für sich nicht als Rechtsgeschäft zu bezeichnen. Dem widerspricht einmal das Gesetz selbst, dem das Rechtsgeschäft nur die Ursache der Wirkung, nicht die Rechtsfolge selbst ist, wie wir es oben bei der Willenserklärung klargelegt haben. Ausserdem würde diese Auffassung recht verwirrend wirken, wenn man z. B. die Rechtswirkung der Uebereignung, die in dem Uebergange des Eigentums von dem Veräusserer auf den Erwerber liegt, als Rechtsgeschäft bezeichnen wollte. Der Tatbestand ist das Rechtsgeschäft, das Ergebnis desselben ist die Rechtswirkung des Rechtsgeschäftes. Wollen wir eine kurze Definition des Rechtsgeschäfts auf Grund dieser Erörterungen geben, so können wir das Rechtsgeschäft bezeichnen als einen Tatbestand, dessen wesentlicher Bestandteil eine oder mehrere Willenserklärungen sind und dessen Rechtswirkungen sich nach dem Inhalt dieser Willensäusserungen bestimmen.

Stellen wir nun diesen Definitionen der Willenserklärung und des Rechtsgeschäftes die Mahnung gegenüber, so finden

[1]) Diese Ansicht hat auch für das B. G. B. noch manche Anhänger, so besonders Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft 1900 S. 4, der das Rechtsgeschäft überhaupt nur für das Ergebnis des Tatbestandes hält; dann Endemann a. a. O. § 60 Anm. 10; Hölder S. 239 V; dagegen Oertmann I S. 296, 26; Enneccerus I S. 346; Biermann I S. 136 ff.; Matthiass S. 88. Das B. G. B. in den §§ 134, 138 bezeichnet das Rechtsgeschäft als den geschäftlichen Tatbestand. Vergl. auch Zitelmann, Irrtum S. 231 ff.

wir, dass der Mahnung eine wesentliche Voraussetzung fehlt, um ihr einen rechtsgeschäftlichen Charakter zu verleihen. Das Wesen der Mahnung besteht, wie oben ausgeführt, in einer Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, seiner Leistungsverpflichtung nachzukommen. Lässt der Schuldner diese Aufforderung unbeachtet, so treten neue rechtliche Wirkungen ein, nämlich die Folgen des Schuldnerverzuges. Auf diese eintretenden Rechtsfolgen war aber der Wille des Mahnenden nicht gerichtet, sein Wille war darauf gerichtet, dass die Leistung erfolgen solle, diese erfolgt aber nicht und es treten die Verzugsfolgen ein. Selbst wenn der Mahnende den Eintritt dieser Verzugsfolgen gewollt haben sollte, so treten sie doch nicht ein, weil er sie gewollt hat, sondern ex lege. Das ergibt sich schon daraus, dass sie auch eintreten würden, selbst wenn sie gegen seinen Willen einträten.

Würde andererseits auf die Mahnung hin der Schuldner seiner Verpflichtung nachkommen, so würden auch dann neue rechtliche Wirkungen eintreten, die etwa in der Aufhebung eines Rechtsverhältnisses beständen. Aber auch diese rechtliche Wirkung tritt nicht ein, weil der Mahnende sie gewollt hat, sondern weil der Gemahnte sie gewollt hat, in dessen freien Belieben es ja steht, ob er auf die Mahnung hin leisten will oder nicht. Also in beiden Fällen hat der Wille des Mahnenden keinen Einfluss auf den Eintritt der Rechtsfolgen. Ein unbedingtes Erfordernis ist aber, wie oben gesehen, dass der Inhalt der Willenserklärung auf rechtliche Folgen gerichtet sein muss, die, wenn sie eintreten, eintreten, weil sie gewollt sind.

Trotzdem halten viele Autoren die Mahnung noch für eine Willenserklärung bezw. für ein Rechtsgeschäft.[1])

Folgen wir diesen Autoren und geben zu, dass, trotzdem der Inhalt der Mahnung ein ganz anderer ist als der der

---

[1]) Regelsberger Pand. S 542; Gierke D. Pr. R. S. 284; Dernburg Bgl. R. I. S. 332; Crome Bgl. R. I S. 391; Cosack Bgl. R. I S. 344; Endemann Bgl. R. I S. 778; Leonhardt, Allgem. T. S. 253; Rehbein, Bgl. R. I S. 101; II S. 119; Neumann, B G. B. I. S, 253; Schollmeyer R. d. Sch. S. 121; Hellmann in Jherings Jahrb. Bd. 42 S. 417, 420; Staudinger IV, 2 vor § 104; Planck zu § 284; Breit a. a. O. S. 140 ff.; 197 ff.

Rechtfolgen, die Mahnung eine Willenserklärung oder ein Rechtsgeschäft ist, so stossen wir damit das Erfordernis des Willens zum Rechtserfolge und damit das einzige Abgrenzungsmittel der Rechtsgeschäfte bezw. Willenserklärung vom nichtrechtsgeschäftlichen Tatbestande um. Die oben genannten Gegner unserer Ansicht wollen nun aber grösstenteils den Rechtsfolgewillen als Abgrenzungsmittel behalten und trotzdem die Mahnung zum Rechtsgeschäft bezw. zur Willenserklärung machen. Das ist aber einfach widersinnig. Ein Rechtsfolgewillen, wie ihn die Willenserklärung erfordert, ist in der Mahnung nicht enthalten. Breit[1]) versucht diesen Zwiespalt dadurch zu überbrücken, dass er den Willen auf irgend einen Rechtserfolg für den Tatbestand einer Willenserklärung für ausreichend erklärt. Und die Mahnung werde doch auch zu irgend einem Rechtserfolge vorgenommen, wenn dieser auch nicht einträte. Das genügt aber nicht. Ist der Erfolg der Handlung ein anderer, als der von dem Erklärenden gewollte, so steht er in keinem Zusammenhang mehr mit dem Willen des Erklärenden. Der Wille wäre dann ja überhaupt nicht nötig; er ist aber Tatbestandsstück der Willenserklärung.

Die Mahnung scheint nur die ursprünglichen Rechtsfolgen zu verstärken, in Wirklichkeit liegt deren Grund nicht in dem Willen des Mahnenden, sondern in der von seinem Willen überhaupt absehenden Gesetzesvorschrift.[2]) Das Gesetz hat die Mahnung zu einem besonderen Zweck abweichend von dem der Partei (siehe oben S. 4) bestimmt, sie knüpft die Rechtsfolgen, die nach fruchtloser Mahnung auf Seiten des Schuldners eintreten, nicht an die Mahnung an, sondern an die Nichtleistung trotz Mahnung. So bestimmt es denn auch, wenn diese Nichtleistung trotz Mahnung unverschuldet erfolgt ist, dass dann die Verzugsfolgen nicht eintreten sollen.

Es fehlt also an dem Geschäftswillen bei dem Mahnenden. Dieses Element ist aber unbedingt erforderlich, um eine

---

[1]) Breit a. a. O. S. 140 ff.; 197 ff.

[2]) Das B. G. B. drückt sich m. E. nicht ganz logisch aus. Es sagt, der Schuldner kommt durch die Mahnung in Verzug, wenn er auf die Mahnung hin nicht leistet. Es kommt aber erst die Mahnung, dann die Nichtleistung. Also kommt er erst durch die Nichtleistung in Verzug.

Handlung zu einer Willenserklärung bezw. zu einem Rechtsgeschäft zu machen. Wir können daher die Mahnung weder als ein Rechtsgeschäft noch als eine Willenserklärung bezeichnen.[1])

Trotzdem ist die Mahnung eine Handlung, an die das Gesetz, wenn auch nicht direkt, Rechtsfolgen knüpft. Sie ist also eine juristische bedeutsame Handlung. Eine Rechtshandlung und zwar im engeren Sinne. Mit Rechtshandlung bezeichnet man im allgemeinen alle Handlungen, die juristisch bedeutsam sind, sei es, dass ihre Rechtsfolgen gewollt, das sind Rechtsgeschäft und Willenserklärung, sei es, dass sie nicht gewollt, das sind die unerlaubten Handlungen, oder dass sie, wenn auch gewollt, unabhängig vom Willen eintreten. Diese letzteren nennt man die Rechtshandlungen im engeren Sinne. Das B. G. B. hat keine allgemeinen Vorschriften für diese Rechtshandlungen im engeren Sinne, insbesondere hat es auch keine allgemeinen Grundsätze über die Handlungsfähigkeit, d. h. über die Fähigkeit, derartige Handlungen vorzunehmen, aufgestellt. Das Wort Rechtshandlung gebraucht das B. G. B. überhaupt nicht.

Die Motive jedoch behandeln sie folgendermassen: „Die dem Begriff des Rechtsgeschäfts gegebene Begrenzung (M. I 126) führt zu einer besonderen Kategorie der Rechtshandlungen. Dem Rechtsgeschäft als Handlung mit Rechtserfolg, die, weil sie gewollt sind, eintreten, stehen Handlungen gegenüber, an welche Rechtswirkungen sich anschliessen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob dieselben von dem Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind. Die

---

[1]) Gegen die rechtsgeschäftliche Natur der Mahnung sind besonders: Hölder Pand. S. 210, 236; Paech, Leistungsverzug S. 50; Manigk a. a. O. S. 94, 95, 98; Kipp in der Festgabe für Koch S. 120; Eltzbacher a. a. O. S. 192; Rosenberg a. a. O. S. 50 Anm. 1; Bruck, bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte S. 170; Bierling a. a. O.; Enneccerus § 128 Anm. 4 S. 322; Biermann S. 115; Matthiass S. 194

Die erste Kommission zum B. G. B. Mot. Bd. 1 S. 139, Bd. 2 S. 58 hielt die Mahnung für ein Rechtsgeschäft. In der zweiten Kommission Prot. I S 130 wurde gesagt, dass die Mahnung vom Standpunkt der offiziösen Rechtsgeschäftsdefinition kein Rechtsgeschäft sei, weil ihre Wirkungen ohne Rücksicht auf den Willen der betreffenden Person eintreten. Die Mehrheit erachtete die Frage als zweifelhaft S. 131.

hervorragendste Stelle unter den letzteren nehmen die unerlaubten Handlungen (§ 704 ff.) ein. Es gibt aber auch eine Reihe von Handlungen solcher Art, welche keine Delikte sind und welche nicht ungeeignet mit Rechtshandlungen bezeichnet werden. Dahin gehören ausser gewissen prozessualen Handlungen die Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes, die Führung fremder Geschäfte ohne Auftrag, die Besitzerwerbshandlung, die Spezifikation. Die Auslegung wird noch andere Rechtsakte dieser Aufzählung hinzufügen. Allgemeine Vorschriften sind nicht aufgestellt. Insbesondere ist von einer Uebertragung der für Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften abgesehen, in so weitem Umfange dieselben auch passen mögen. Es erscheint angemessener, diejenigen dieser Vorschriften, deren Anwendung im einzelnen Falle von besonderem Belange sind, ausdrücklich für anwendbar zu erklären, bezw. Vorschriften aufzunehmen, welche inhaltlich mit den betreffenden Normen übereinstimmen und bezüglich der Anwendbarkeit der übrigen Normen der Entscheidung der Wissenschaft anheimzustellen.“ . . .

Mit der Behandlung der Willenserklärung und des Rechtsgeschäftes haben wir aus der Summe der juristischen Handlungen diejenigen Handlungen herausgenommen, deren Inhalt für die angeknüpfte Rechtsfolge massgebend war. Alle anderen Handlungen, die juristisch bedeutsam sind, fallen unter den Begriff der Rechtshandlung im engeren Sinne. Diesen Rechtshandlungen ist mit dem Rechtsgeschäft bezw. der Willenserklärung das gemeinsam, dass sie Willensbetätigungen sind. Jedoch fehlt ihnen, wie oben bereits gesagt, die für die Willenserklärung bezeichnende Beziehung zwischen der Erklärung und dem Rechtserfolge. Diese Rechtshandlungen lassen sich entsprechend ihrem verschiedenen Wesen und Zweck in einzelne Kategorien zerlegen. Und zwar in

1. solche erlaubte Handlungen, die eine Haftung für den aus ihnen entstehenden Schaden nach sich ziehen. So zum Beispiel die Haftung des Tierhalters.
2. Tathandlungen oder Realakte, d. h. solche erlaubte Handlungen, die sich zwar nicht auf ein Rechtsverhältnis beziehen, sondern auf einen äusseren tatsächlichen Vorgang, an die aber Rechtswirkungen sich anknüpfen.

Dahin gehören hauptsächlich die Begründung eines Wohnsitzes § 7, die Spezifikation § 950, die Schatzfindung § 984, der Fund §§ 965 Abs. 1, 978 und schliesslich im Urheberrecht die Herstellung eines wissenschaftlichen oder künstlerischen Werkes, überhaupt die Betätigung der Persönlichkeit durch Erfinden, Dichten usw.; schliesslich

3. erlaubte Handlungen, die lediglich dazu bestimmt sind, eine Vorstellung in einem Anderen hervorzurufen, die sogen. Vorstellungsmitteilungen. Diese erfolgen in Form von Mitteilungen oder Anzeigen, die Erklärungen enthalten über einen vergangenen, gegenwärtigen oder zukünftigen Vorgang oder Zustand rechtlicher Art. So z. B. die Mitteilung, dass eine Vollmacht erteilt sei, §§ 171, 173; die Benachrichtigung von der Verspätung einer Annahmeerklärung § 149; die Erklärung des Schadenersatzberechtigten, dass er die Naturalleistung ablehne § 250; die Erklärung des Gläubigers, dass er die Leistung nicht annehme § 295; die Anzeige seitens des Verkäufers, dass die Ware mangelhaft §§ 478 bis 480, 485 und schliesslich die Mitteilung an den Schuldner von der erfolgten Cession §§ 409, 412, 413. Zu diesen Mitteilungen sind dann noch die Anerkenntnisse, so z. B. Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes § 1598, Anerkennung der unehelichen Vaterschaft § 1718 und die Geständnisse zu rechnen, erstere allerdings nur insoweit, als sie nicht einen Rechtsfolgewillen voraussetzen, wie etwa beim Anerkennungsvertrage. Hier ist die Anerkennungserklärung eine Willenserklärung.

   Oder die Handlung kann geschehen in Form einer Aufforderung, indem von einem Anderen ein rechtliches Handeln verlangt wird. So z. B. die Aufforderung, eine Erklärung über die Genehmigung abzugeben, §§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2, 415; die Aufforderung zur Vornahme der Wahl § 264, 2.[1])

[1]) Die Einteilung der Rechtshandlungen im engeren Sinne ist bei den einzelnen Schriftstellern verschieden. Soweit diese aber den Hauptunterscheidungspunkt von den Willenserklärungen richtig erkannt haben, stimmten sie doch dem Prinzip nach überein. Vergl. z. B. Biermann,

Zu dieser letzten Kategorie von Rechtshandlung ist m. E. auch die Mahnung zu rechnen. Sie ist eine Aufforderung zu einer rechtlichen Handlung, zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, der Beendigung eines Schuldverhältnisses. Es treten aber bei Nichtleistung Rechtswirkungen ein, die nicht gewollt sind, oder wenn sie gewollt sind, nicht eintreten, weil sie gewollt sind, sondern ex lege. Die Mahnung ist wohl die Voraussetzung des Eintritts der Verzugsfolgen, aber nicht die Ursache.

---

der folgendermassen einteilt: a) Die Willensäusserungen ohne Rechtsgeschäftscharakter. Diese sind nur eine Voraussetzung für den Eintritt der Rechtswirkung, die ohne ihn nicht eintritt, nicht aber sind sie der Grund. Zu dieser Kategorie rechnet er besonders die Aufforderung und zu dieser die Mahnung. b) Vorstellungsäusserungen. Diese bringen nicht einen auf einen Rechtserfolg gerichteten Willen zum Ausdruck, sondern die Vorstellung, welche der sich Aeussernde von einer Tatsache hat. Dazu rechnet er die Anzeigen und Mitteilungen. c) Die Gefühlsäusserungen. Hierzu rechnet er die Verzeihung. d) Die Tathandlungen. Hierzu wie oben im Text unter 2

Breit a. a. O. S. 144 rechnet die Aufforderung zu den Willenserklärungen, Eltzbacher a. a. O. S. 176 nennt sie unmassgebliche Willensäusserungen.

Rosenberg a. a. O. S. 53 rechnet die Mahnung ebenfalls zu den Aufforderungen. Diese nennt er Rechtsbetätigungen, zur Ausübung eines bestehenden Rechtes, die keine Rechtsgeschäfte sind; ebenso Bierling a. a. O. II 119; Kohler Jherings Jahrb. 18, 162. Hölder, Arch. Ziv. Prax. 73, 59; Manigk, Willenserklärung S. 652 teilt die Rechtshandlungen ein in 1. Rein äusserliche Handlungen (Spezifikation, Fund). 2. Mit besonderen inneren Tatsachen verknüpfte Handlungen (Wohnsitzbegründung, Geschäftsführung, Verzeihung, Anerkennung) und 3. Mitteilungen, und zwar a) Vorstellungsmitteilungen (Behauptungen, Kundgebungen, Anzeigen, Mitteilungen), b) Willensmitteilungen (Aufforderung, Androhung, Beanstandung, Widerspruch u. a.) und rechnet hierzu die Mahnung. Vor ihm grade so bezüglich der Mahnung Zitelmann, I. Teil S. 33 Anm. 34. Vergl. ferner Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht, Festgabe für Koch 1903 S. 110 ff.; Enneccerus, Lehrb. S. 329 ff.; Matthiass, Lehrb. S. 87 ff.

§ 4.

Die Personen der Mahnung.

Das B. G. B. hat keine allgemeinen Bestimmungen getroffen über die Handlungsfähigkeit, d. h. über die Fähigkeit, Handlungen mit der Wirkung vorzunehmen, dass die vom Gesetz bestimmte Folge eintritt. Es hat nur die Geschäftsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit behandelt Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte, d. h. also Rechtshandlungen mit gewollten Rechtsfolgen vorzunehmen, §§ 104 ff. Für einige bestimmte Rechtshandlungen[1]) hat aber doch das Gesetz besondere Bestimmungen bezüglich der Handlungsfähigkeit getroffen, nicht jedoch für die Mahnung. Die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit entspringen der Absicht des Gesetzes, zu verhindern, dass rechtlich gültige Bindungen von Personen angeknüpft werden, die aus irgend welchen Gründen nicht in der Lage sind, die oft sehr schwerwiegenden Folgen ihrer Handlungen zu übersehen. Sowohl den Schutz des Handelnden selbst, als auch den der mit ihm kontrahierenden Personen hat der Gesetzgeber damit bezweckt. Hierbei ist es nun kein Unterschied, ob der Rechtserfolg eintritt, weil der Handelnde seinen Eintritt will, oder ob er auch ohne und gegen seinen Willen zur Entstehung gelangt. Wir können und müssen daher auch bei den Rechtshandlungen und so auch bei der Mahnung die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit des Handelnden analog anwenden.[2]) Völlige Geschäftsunfähigkeit des Mahnenden im Sinne der §§ 104, 105 B. G. B. schliessen somit die Gültigkeit der Mahnung aus. Entsprechend § 107 B. G. B. bedarf nun der Mahnende, wenn

---

[1]) So insbesondere die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen 827—829, für die Verletzung obligatorischer Verpflichtungen § 276 Abs. 1 Bestimmungen über Fähigkeit zur Begründung und Aufhebung eines Wohnsitzes § 8, für die Verantwortlichkeit für die Geschäftsführung ohne Auftrag § 678 ff.

[2]) Man kann dies auch aus § 8 B. G. B. schliessen. Es handelt sich da um die Begründung bezw. Aufhebung eines Wohnsitzes, also eine Rechtshandlung im engeren Sinne und als ihre Voraussetzung fordert das Gesetz volle Geschäftsfähigkeit. Eine Uebertragung auf alle Rechtshandlungen liegt nahe. cf. Hachenburg S. 460; Oertmann I S. 295.

er beschränkt geschäftsfähig ist, zur gültigen Abgabe einer Mahnung der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, es sei denn, dass er durch die Mahnung lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Die Frage nun, ob die Mahnung dem Minderjährigen[1]) lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, ist in der Wissenschaft Gegenstand heftigen Streites. Unbestritten ist wohl zunächst, dass ein wirtschaftlicher oder tatsächlicher Vorteil nicht entscheidend ist. Dies geht ja klar aus der Gesetzesbestimmung hervor. Entscheidend dafür, den rechtlichen Vorteil als Kriterium aufzustellen, war die Tatsache, dass ein wirtschaftlicher oder tatsächlicher Vorteil selbst im konkreten Fall sich mit Bestimmtheit nur in seltenen Fällen feststellen lassen wird, ein ursprünglicher wirtschaftlicher Vorteil sehr leicht nachträglich ins Gegenteil umschlagen kann und ebenso umgekehrt. Hieraus würde sich ohne Zweifel eine grosse Verkehrsunsicherheit ergeben haben. Der Haupteinwurf, der gegen die Gültigkeit der Mahnung eines Minderjährigen gemacht wird, ist der, dass das Gesetz „lediglich" einen rechtlichen Vorteil verlange. Wenn nun aber der Schuldner leiste, so gebe der Minderjährige seine Forderung auf und das bedeute doch einen rechtlichen Nachteil. Nach dieser Ansicht darf also der Minderjährige zwar eine Schenkung annehmen, aus einem Schenkungsversprechen aber nicht mahnen, denn diese führt mittelbar zur Aufhebung der dem Versprechen entspringenden Forderung. M. E. darf man bei der Auslegung dieses Paragraphen nicht an dem Buchstaben des Gesetzes hängen, sondern man muss den Zweck berücksichtigen, den der Gesetzgeber mit der Bestimmung verfolgt hat. Wie wir oben schon gesehen, will er verhindern, dass der Minderjährige rechtliche Verpflichtungen übernimmt. So zum Beispiel bei einer Schenkung unter einer Auflage. Diese soll der Minderjährige nicht annehmen dürfen, weil ihm durch die Auflage Verpflichtungen entstehen, die er vielleicht nicht übersehen kann. Durch Uebernahme der Auflage würde er ein neues Recht (eine neue Verpflichtung) begründen, ohne dass er übersehen kann, in welchem Verhältnis Leistung und Gegen-

[1]) Ich gebrauche den Ausdruck „Minderjähriger" für alle Arten der beschränkt Geschäftsfähigen.

leistung stehen. Die Annahme der auf die Mahnung hin erfolgenden Leistung führt zwar mittelbar zur Aufhebung der Forderung, aber da der Minderjährige nun gerade deshalb die Leistung nicht selbst entgegennehmen darf, so besteht auch nicht die Gefahr, dass der Minderjährige etwa eine mangelhafte oder sonst zu beanstandende Leistung entgegennimmt, sondern diese Prüfung ist Aufgabe des gesetzlichen Vertreters, an den die Leistung zu erfolgen hat. Wir haben hier also nicht zu fragen, liegt in der Aufgabe der Forderung ein rechtlicher Nachteil, sondern ist die erfolgte Leistung ein Plus gegenüber der Forderung.[1]) Das wird aber nicht bestritten werden. Eine Forderung ist ein unsicheres Recht, das allen möglichen Gefahren ausgesetzt ist. Unvermögen auf Seiten des Schuldners, Unmöglichkeit der Leistung, Verjährung usw. können die Erfüllung der Leistung illusorisch machen. Nach der Leistung sind alle diese Gefahren ausgeschlossen, aus einer Forderung ist Eigentum bezw. unmittelbarer Besitz geworden, zu obligatorischen Wirkungen sind dingliche hinzugetreten. Das Recht des Mahnenden ist ohne Zweifel gestärkt, ohne dass ihm nunmehr irgend eine Verpflichtung entstanden ist. Leistet andererseits der Schuldner nicht, so treffen ihn die Verzugsfolgen. Diese bringen dem Mahnenden ebenfalls nur rechtlichen Vorteil, die Haftung des Schuldners ist gesteigert, bei Geldschulden sind Zinsen zu zahlen, die Verjährung ist unterbrochen usw. Dass in diesem Falle die Mahnung lediglich rechtlichen Vorteil bringt, dürfte unbestritten sein.

[1]) Vergl. Oertmann zu § 107 a. A. Biermann § 61. Mit dem Verlangen, die Leistung müsse an den gesetzlichen Vertreter geschehen, ist auch die Besorgnis von Enneccerus widerlegt; er befürchtet (Lehrb. § 142 Anm. 2), dass der Minderjährige seine Forderung ohne Wissen des Vormundes einkassiert und das Erlangte vergeudet.

Von einer wörtlichen Interpretation dieses § 107 ist man auch sonst schon mit Recht abgewichen. So für den Fall, dass die Willenserklärung weder einen rechtlichen Vorteil nach rechtlichen Nachteil bringt, so z. B. Planck Bem. 1 zu § 107 S. 191; Hölder Bem. zu § 107 S. 243; Biermann I S. 207/08: „den beschränkt Geschäftsfähigen gegen die Wirkung solcher indifferenten Willenserklärung zu schützen, liegt offenbar kein Grund vor.“ Aus demselben Grunde kann der Minderjährige gemäss § 165 B. G. B. für andere als deren Vertreter Willenserklärungen annehmen und abgeben.

Will man aber von einer wörtlichen Interpretation des § 107 nicht abgehen, so kann man die Gültigkeit der Mahnung eines Minderjährigen auch damit beweisen, dass die Mahnung eigentlich garnicht die Ursache der Leistung und damit des event. Unterganges der Forderung ist. Die Leistung ist an sich schon fällig, denn vorher ist eine Mahnung ja ungültig. Der Schuldner kann jederzeit leisten. Leistet er nun auf die Mahnung hin, so ist diese Leistung nicht eine rechtliche Folge der Mahnung, sondern lediglich eine tatsächliche Folge. In irgend einem rechtlichen Zusammenhang stehen Mahnung und Leistung nicht. In einem rechtlichen Zusammenhang stehen lediglich die Mahnung und die im Falle der Nichtleistung eintretenden Verzugsfolgen. Ständen aber angenommen die Mahnung und die Leistung im rechtlichen ursächlichen Zusammenhang, so stehen andererseits die Mahnung und der Untergang der Forderung nicht in einem solchen Zusammenhang, denn causal für den Untergang der Forderung ist die Leistung und noch nicht einmal die, sondern erst die Annahme derselben als Erfüllung. Wenn wir so den rechtlichen Zusammenhang zwischen Mahnung und den Untergang der Forderung leugnen, so können wir, selbst wenn wir im übrigen der Ansicht unserer Gegner folgen, einen rechtlichen Nachteil nicht konstruieren, es fällt damit freilich auch der eine rechtliche Vorteil, der oben entwickelt wurde, fort. Zum mindesten liegt dann weder ein rechtlicher Vorteil, noch ein rechtlicher Nachteil vor. Eine solche Willenserklärung ist aber selbst nach Ansicht unserer Gegner ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters gültig. Aber selbst wenn wir von jenem Vorteil absehen, bleibt noch ein anderer, sodass die Mahnung schliesslich doch für den Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt.[1]) Denn erst durch die Mahnung ist der Gläubiger in den Stand gesetzt, seinen Schuldner in Verzug zu bringen.

Allerdings darf, wie schon oben angedeutet, der Minder-

[1]) Diejenigen, die den rechtlichen Vorteil leugnen, hielten folgerichtig die Mahnung von Seiten eines Minderjährigen entsprechend § 111 für unwirksam, so z. B. Endemann § 137 Anm. 5; Breit S. 198. Dieser Ansicht war in seiner Auflage von 1905 II S. 167e auch Dernburg, jetzt wie wir.

jährige die Leistung nicht an sich selbst verlangen[1]), da ja die Leistung die Aufhebung der Forderung zur Folge hat.

Um zu erkennen, ob die Mahnung auch durch einen Vertreter des Gläubigers geschehen kann, haben wir die rechtliche Natur der Stellvertretung, wie sie im B. G. B. §§ 164 ff. festgelegt ist, klarzulegen. Unter Stellvertretung haben wir zu verstehen, die Abgabe oder den Empfang einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung anstatt des Vertretenen mit der Absicht, dass die Rechtswirkung bei dem Vertretenen eintreten soll. Mit dieser Definition haben wir gleich Stellung genommen zu der Streitfrage des Verhältnisses des Stellvertreters zum Boten. Während der Stellvertreter die Willenserklärung abgibt in der Absicht, eine Rechtswirkung herbeizuführen, fehlt diese Absicht bei dem Boten. Der Bote hat nur den Erklärungswillen, der Stellvertreter ausser ihm den Geschäftswillen. Der Bote ist lediglich Organ des Geschäftsherrn, er ist bestellt zu einem mechanischen Dienste. Dieser Unterschied muss aber auch äusserlich in die Erscheinung treten und sich kundtun durch das äussere Auftreten des Handelnden.[2])

Bei der Mahnung fehlt, wie oben gezeigt, der Geschäftswille. Dies führt Manigk[3]) dazu, jede Mahnung durch einen beauftragten Dritten als eine Mahnung durch einen Boten zu bezeichnen. Dem möchte ich nicht beistimmen, sondern auch bei der Mahnung durch einen Dritten unterscheiden zwischen einer Mahnung durch einen Boten und einen Stellvertreter. Und zwar analog den Bestimmungen des B. G. B. Uebermittelt der Gläubiger die Mahnung durch einen anderen,

---

[1]) Jedoch braucht der Minderjährige nicht ausdrücklich die Leistung an seinen gesetzlichen Vertreter zu verlangen. cf. Enneccerus I § 108, II 3, Staudinger 1910, II S. 173; Planck S. 90.

[2]) Diese Ansicht wird vertreten von Schliemann, Karlowa, Regelsberger, Fleck, Mitteis, Landsberg, Cosack, Eck, Leonhardt, Rümelin, Arch. civ. Praxis 93, 152; Matthias I. S. 124 u. a. m. — Rosenberg leugnet überhaupt den Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter. Nach ihm hat der Bote dieselbe juristische Funktion, wie der Vertreter und sein Herr ist ebensowenig der Kontrahierende, wie der des Vertreters. Auch der Bote soll den Erklärungswillen und den Geschäftswillen haben. cf. S. 228 ff., 277 ff.

[3]) cf. Manigk, Willenserklärung S. 741.

indem er ihn lediglich als sein Organ, sein Sprachrohr benutzt, so entwickelt dieser Dritte nur den Willen, die Erklärung dem Schuldner zur Kenntnis zu bringen. In diesem Falle ist der Ueberbringer ein Bote. Kommt nun aber zu diesem Willen die Erklärung zu übermitteln, der Wille zu einem Erfolge, und der eignet auch der Mahnung, so handelt es sich um einen Stellvertreter. Die Grenze zwischen Boten und Stellvertreter ist selbstverständlich auch hier flüssig. Wir setzen nur statt des Erfordernisses eines Geschäftswillens das Erfordernis des Willens zu einem Erfolge. Nunmehr dürfen wir die Vorschriften über Vertretung bei Willenserklärungen, soweit sie für einseitige Rechtsgeschäfte gelten, unbedenklich analog anwenden.

Die Vertretungsmacht des Mahnenden kann nun darauf beruhen, dass sie ihm kraft Gesetzes oder auf obrigkeitliche Bestellung verliehen ist. So z. B. der Vater, Vormund, Pfleger, die sogenannten gesetzlichen Vertreter. Ihnen gleichgestellt ist der Vorstand, die besonderen Liquidatoren und Vertreter der Vereine und Stiftungen. Die von einem solchen Vertreter abgegebene Mahnung hat die gleiche Wirkung, wie wenn der gesetzlich Vertretene die Mahnung selbst abgegeben hätte, vorausgesetzt, dass er imstande war, eine gültige Mahnung abzugeben. Eine Mahnung durch einen Vertreter kann aber auch dann gültig erfolgen, wenn der Gläubiger den Vertreter zu dieser Mahnung bevollmächtigt hat. Sie ist jedoch ungültig, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der Schuldner die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Jedoch ist die Zurückweisung ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den Gemahnten von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat, § 174. Nicht notwendig ist es, dass der Vertreter voll geschäftsfähig ist. Es genügt, wenn er die beschränkte Geschäftsfähigkeit besitzt, § 165. Bei Mahnung seitens eines Vertreters ohne Vertretungsvollmacht ist § 180 B. G. B., der an sich für einseitige Rechtsgeschäfte gilt, analog anzuwenden. Die Mahnung ist also unwirksam[1]); hat jedoch der Gemahnte

[1]) Claparède entwickelt aus dem römischen Recht die Gültigkeit der Mahnung seitens eines nicht beauftragten Vertreters. Jedoch entspricht dieser Schluss durchaus nicht unserer heutigen Rechtsauffassung und be-

die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme der Mahnung nicht beanstandet, oder ist er damit einverstanden gewesen, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle, dann finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung, d. h. im wesentlichen hängt die Gültigkeit der Mahnung von der Genehmigung ab.

Auch der Zessionar ist zur Mahnung befugt. Er muss aber die Abtretungsurkunde vorlegen, tut er dies nicht und weist der Schuldner die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurück, so ist die Mahnung unwirksam, § 410 B. G. B.; ebenso entsprechend § 1160 B. G. B., wenn der Gläubiger einer Briefhypothek mahnt, hier tritt an Stelle der Abtretungsurkunde der Hypothekenbrief.

Liegt auf Seiten des Schuldners Geschäftsunfähigkeit vor, so wird die Mahnung nicht eher wirksam, als bis sie seinem gesetzlichen Vertreter zugeht, § 131 B. G. B.; ist der Schuldner in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so gilt das Gleiche. Die Einschränkung dieser Bestimmung, wie sie in Satz 2 des Abs. 2 § 131 vorgesehen ist, trifft bei der Mahnung nicht zu. Denn die Mahnung bringt dem Schuldner nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil, sondern im Gegenteil, sein Recht wird gekürzt. Statt an den Schuldner persönlich kann die Mahnung auch an seinen legitimierten Vertreter erfolgen. Bezüglich ihrer Wirksamkeit greifen die §§ 164, 180 B. G. B. Platz. Den physischen Personen stehen auch hier die juristischen Personen gleich. Die Mahnung kann nur an den gesetzlichen Vertreter, d. h. den Vorstand oder wenn gemäss den Satzungen besondere Vertreter bestellt sind, an diese gerichtet werden. §§ 26, 30, 86 B. G. B. Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so genügt es, wenn die Mahnung einem derselben zugeht, § 28, 2 B. G. B. Für die juristischen Personen des öffent-

---

deutet eine grosse Verkehrsunsicherheit. Claparède a. a. O. S. 137 ff.; gegen ihn Oertmann I S. 107 b α.

Jedoch zwingt die Mahnung eines Vertreters nicht grade zur Leistung an den Vertreter selbst. Der Schuldner kann auch gültig an den geschäftsfähigen Gläubiger selbst zahlen.

cf. Staudinger II S. 173; Hellwig, Lehrb. II S. 459 Anm. 15; Oertmann in Busch's Zeitschr. Bd. 37 S. 302; Rosenberg, Stellvertretung S. 545.

lichen Rechts befinden sich die entsprechenden Vorschriften in den Landesgesetzen.

Das aktive bezw. passive Mahnrecht kann nun auch mehreren Gläubigern bezw. Schuldnern zustehen. Wer von ihnen mahnberechtigt ist, ergibt sich aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnisse. Es kann im allgemeinen jeder einzelne Gläubiger mahnen, ihm gegenüber tritt dann der Verzug bei Nichtleistung ein; es kann andererseits jeder Einzelne gemahnt werden, nur er gerät dann in den Verzug. Ferner kann nur jeder auf den ihm schuldigen Betrag mahnen und nur jeder Einzelne kann auf den von ihm geschuldeten Betrag gemahnt werden.

§ 5.

Die Form der Mahnung.

Entsprechend seinem Grundsatze möglichster Formfreiheit hat das B. G. B. auch für die Mahnung keinerlei Bestimmungen über eine etwaige Form getroffen. Eine Bestimmung, wie sie im code civil § 1139 enthalten ist, wonach die Mahnung durch einen Notar oder durch einen Gerichtsvollzieher zu erfolgen hat, kennt weder das gemeine Recht noch das B. G. B. Es ist also jede Art der Vornahme zulässig, die dem Wesen und dem Zweck der Mahnung entspricht. Als eine Aufforderung zur Leistung ist zunächst erforderlich, dass die Mahnung so beschaffen ist, dass aus ihr diese Aufforderung mit Deutlichkeit zu erkennen ist. Wie dies geschieht, ob mündlich, schriftlich, stillschweigend oder durch konkludente Handlung, ist einerlei.[1]) Die Aufforderung braucht nicht etwa das Wort Mahnung zu enthalten. Sie geht lediglich von dem Gläubiger bezw. dessen Vertreter aus, bedarf keinerlei Mitwirkung seitens des Schuldners, sie ist also ein einseitiger Rechtsakt. Aber sie ist empfangsbedürftig, d. h. sie muss, um gültig zu sein, an eine bestimmte Person gerichtet sein und der Mahnende muss

[1]) Im Zweifelsfalle ist das richterliche Ermessen darüber ausschlaggebend, ob die vom Gläubiger behauptete Mahnung gültig erfolgt ist oder nicht.

dieser Person in verkehrsüblicher Weise die Möglichkeit geben, von der Mahnung Kenntnis zu nehmen. Entsprechend den für einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen geltenden Vorschriften § 130 ff. können wir auf die Mahnung die herrschende Lehre der Empfangstheorie[1]) anwenden. Wenn der Aufenthalt des Schuldners unbekannt ist, kann auch die Mahnung im Wege öffentlicher Zustellung erfolgen, entsprechend § 132 Abs. 2. Sie wird wirksam zwei Wochen nach ihrer Anheftung an die Gerichtstafel. Z. P. O. § 206 Abs. 2.

Im Gegensatz zum alten H. G. B. Art. 288 hat das B. G. B. die Frage offen gelassen, ob in der Uebersendung einer Rechnung eine gültige Mahnung zu finden ist. In der Literatur herrscht darüber Streit. Einig ist man darüber, dass die erste Rechnung nur den Zweck hat, dem Schuldner mitzuteilen, was z. B. er für die gekaufte Ware schuldig geworden ist.[2]) Ganz besonders ist dies der Fall, wenn, wie üblich, die Rechnung zugleich mit der Ware übersandt wird. M. E. liegt aber auch in der Uebersendung einer zweiten und folgender Rechnung ohne weiteres keine Mahnung. Es muss vielmehr aus ihrem Inhalt hervorgehen, dass der Gläubiger Zahlung verlangt. Aus dem Inhalt der Rechnung geht aber nur hervor, dass der Schuldner eine fällige Leistung in einer bestimmten Höhe zu leisten verpflichtet ist. Nun kann eine Mahnung entsprechend einer Willenserklärung auch indirekt erklärt werden durch Worte oder Handlungen, die zunächst einen anderen Zweck verfolgen, aus denen aber doch auf einen Mahnungswillen geschlossen werden kann. Man nennt dies ein schlüssiges Verhalten oder eine konkludente Handlung. Das B. G. B. spricht in den Fällen von einem aus den Umständen zu entnehmenden Willen.[3]) Ein solcher Fall liegt z. B. vor bei der Uebersendung einer Quittung. Daraus, dass die Rechnung quittiert ist, geht her-

---

[1]) Vergl. dazu auch Wedemeyer in der Deutschen Juristen-Zeitung 1912 Nr. 4.

[2]) cf. Oertmann II S. 107; Fischer, Henle 284 Anm. 5; Immerwahr, Quittierte Rechnung; Planck II S. 90.

[3]) Vergl. §§ 151 S. 2; 164 Abs. 1 S. 2; 269 Abs. 1; 271 Abs. 1; 701 Abs. 2; 1357 Abs. 1 S. 2; 2165 Abs. 2.

vor, dass der Gläubiger zur Zahlung auffordert, ohne dass diese Aufforderung ausdrücklich erklärt ist. Ob nun im einzelnen Falle sonst ein schlüssiges Verhalten gegeben ist, muss Erfahrung und Regel des Lebens entscheiden.[1]) Ein sicherer Schluss kann aus dem Verhalten auf den Willen des Erklärenden nie gezogen werden. Daher kann aus der Uebersendung weiterer Rechnungen nicht mit Bestimmtheit auf den Mahnungswillen geschlossen werden. Es ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Folgt kurz auf die erste Rechnung eine weitere, dürfte dies als Mahnung aufzufassen sein. Ist es Usance eines Geschäftes, vierteljährlich einen Kontoauszug zu übersenden, ist dieser nicht als Mahnung aufzufassen. Es stehen dem Gläubiger ja genügend Mittel zur Seite, um den Schuldner zur Leistung aufzufordern. Das einfachste und häufigste ist eine Bemerkung auf der Rechnung, es würde um Zahlung gebeten, oder die Uebersendung einer quittierten Rechnung. Macht der Gläubiger von diesen Mitteln keinen Gebrauch, so bringt er im Gegenteil stillschweigend zum Ausdruck, dass ihm an einer sofortigen Zahlung noch nicht gelegen ist. Die Uebersendung eines Postauftrages ist zweifelsohne als Mahnung aufzufassen.

Wenn somit die Auswahl des Erklärungsmittels der mahnenden Partei überlassen ist und im einzelnen Fall zu prüfen ist, ob das Mittel genügt, eine gültige Mahnung zum Ausdruck zu bringen, hat das Gesetz zwei prozessualen Formen den Charakter der Mahnung de leje lata beigelegt. Es stellt im § 284 B. G. B. die Erhebung der Klage auf Leistung, sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren der einfachen Mahnung gleich. Allerdings bringen diese beiden Formen den Zweck der Mahnung am klarsten zum Ausdruck. Dadurch, dass der Gläubiger die Hülfe des Gerichts in Anspruch nimmt, gibt er der Mahnung besonderen Nachdruck. Die Erhebung der Leistungsklage hat für den Gläubiger den Vorteil, dass es keiner erneuten Mahnung bedarf, wenn die geschuldete Leistung erst nach Erhebung der Klage fällig wird. Die Mahnung dauert an, solange der Prozess schwebt und ihre Wirkungen treten

[1]) cf. Matthiass S. 95; Biermann I S. 131; Planck II S. 90; Rehbein, Erl. 108 zu § 284; Dernburg II § 71 II 2 c.

stillschweigend von dem Augenblick an ein, wo die Fälligkeit der Leistung erfolgt.[1]) Nicht darf diese Wirkung als Mahnung auf die Feststellungsklage ausgedehnt werden. Dies liegt schon im Wesen der Feststellungsklage, die lediglich den etwaigen Anspruch des Klägers feststellen soll, nicht aber eine Verurteilung des Schuldners herbeiführen soll.[2]) Auch die Ladung zum Sühnetermin gemäss § 510 Z. P. O. ist m. E. nicht als Mahnung anzusehen. Der Zweck des Sühnetermins ist der, die Parteien zu vergleichen. Gelingt ein solcher Vergleich, so hat die Klagerhebung überhaupt nicht stattgefunden. Kommt ein Vergleich nicht zustande, so erfolgt nunmehr erst die eigentliche Klagerhebung.

Erhebt dagegen im Prozesse der Beklagte die Widerklage, so ist diese Widerklage — ihrem Wesen nach eine völlig selbständige Klage — gleichzeitig als Mahnung anzusehen. Im Augenblick der Erhebung der Widerklage in der mündlichen Verhandlung treten ihre Wirkungen als Mahnung ein. Nicht dagegen ist die Einrede eines Gegenanspruches als eine Mahnung anzusehen, denn mit der Einrede will der Beklagte nicht die Erfüllung seiner Gegenforderung, sondern die Zurückweisung der klägerischen Forderung.

Im Konkurse[3]) entspricht der Klagerhebung die Anmeldung der Konkursforderung beim Konkursgericht. Dieses ist als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen und somit enthält die Anmeldung beim Gericht eine Mahnung.

---

[1]) Dies gilt auch, wenn die geschuldete Leistung erst in der Berufungsinstanz fällig wird. Ebenso auch m. E. in der Revisionsinstanz. Vergl. Paech S. 71; Dernburg, bürgerliches Recht II 1 S. 154; auch Bolze S. 408.

[2]) Tritt jedoch während der Feststellungsklage die Fälligkeit der Leistung ein und wird nunmehr die Klage auf Leistung gerichtet, so enthält die Fortsetzung des Verfahrens eine Mahnung. cf. R. G. Bd. 27 S. 346.

[3]) K. O. §§ 139 ff., 145. B. G. B. § 209.

§ 6.

Der Inhalt der Mahnung.

Das B. G. B. hat über den notwendigen Inhalt der Mahnung keine Bestimmung getroffen. Aus dem Zweck der Mahnung, dem Schuldner anzuzeigen, dass er nunmehr seiner Leistungsverpflichtung nachkommen solle, ergibt sich, dass die Mahnung aus ihrem Inhalt mit Bestimmtheit erkennen lassen muss, welche Leistung von dem Schuldner verlangt wird. Geht dies nicht deutlich aus dem Mahnungsinhalt hervor, so kann von einer gültigen Mahnung nicht die Rede sein. Sei es, dass der Gläubiger etwas ganz anderes verlangt, als geschuldet wird, sei es, dass der Schuldner dem Gläubiger gegenüber mehrere Verpflichtungen hat und aus dem Mahnungsinhalt nicht zu erkennen ist, welche Leistung von dem Schuldner verlangt wird. Nur in einem Falle darf eine Mahnung auf etwas anderes als geschuldet wird, auf ein aliud gerichtet sein, wenn auf Seiten des Schuldners eine durch vertretbare Umstände herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung vorliegt und der Gläubiger in Unkenntnis davon auf die ursprüngliche Verpflichtung mahnt, anstatt auf die an ihre Stelle getretene Ersatz- oder Surrogatleistung. Eine solche Mahnung muss man für gültig halten und der Schuldner, der auf eine solche Mahnung hin den Gläubiger von seiner Unmöglichkeit, den geforderten ursprünglichen Gegenstand zu leisten, nicht in Kenntnis setzt und nachher beim Eintritt der Verzugsfolgen sich damit exkulpieren will, er sei nicht auf die wahre Schuld gemahnt, macht sich eines groben Verstosses gegen Treu und Glauben schuldig. Auch in dem Falle, dass der Gläubiger über die wahre Schuld sich in einem Irrtum befindet und etwas anderes fordert als wirklich geschuldet wird, — wie es im grossen Geschäftsverkehr leicht möglich ist, — soll die Mahnung gültig sein, wenn der Schuldner klar erkennen konnte, dass auf Seiten des Gläubigers ein solcher Irrtum vorlag und er gleichzeitig erkennen konnte, welche Leistung der Gläubiger durch die Mahnung verlangte. Für diese Leistung ist die Mahnung dann gültig abgegeben.

Weit häufiger als diese Fälle, wo ein aliud gefordert wird, kommen in der Praxis die Fälle vor, wo im grossen und ganzen Schuld und Forderung sich decken, der Gläubiger in irgend einer Beziehung aber mehr fordert, als der Schuldner zu leisten verpflichtet ist.

Die Fälle einer solchen pluspetitio können ganz verschiedenartige sein. Die Frage ihrer Gültigkeit ist sehr bestritten. Die Motive erklären den Mangel einer Bestimmung hierüber damit, dass sie es für im hohen Grade gefährlich wirkend halten, zu bestimmen, dass durch pluspetitio die Mahnung wirkungslos würde. Dazu seien die Fälle zu verschiedenartige. Die Entscheidung des einzelnen Falles ist somit der Wissenschaft bezw. dem Richter überlassen. Schon in den Digesten ist in gleicher Weise darüber entschieden. Celsus und Paulus sagen in l. 91 § 3 D. de V. O. 45,1: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose . . . erratur.[1])

Wir dürfen jedenfalls nicht annehmen, dass jede pluspetitio die Mahnung ungültig mache. Damit würde der Schikane und Verzögerung der Geschäftsabwicklung Tür und Tor geöffnet.[2]) Denn es wird leicht vorkommen können, dass der Gläubiger etwas mehr verlangt, als der Schuldner zu leisten verpflichtet ist. Mit Recht weist hier Endemann[3]) auf die Gleichstellung der Mahnung mit der Leistungsklage hin. Auch diese büsst durch eine Zuvielforderung ihre Gültigkeit nicht ein. Sobald der Schuldner aus der Mahnung zur Genüge erkennen kann, welche Schuld der Gläubiger erfüllt haben will, ist er verpflichtet das zu leisten, was er wirklich schuldet. Mit Rücksicht auf Treu und Glauben muss das von ihm verlangt werden. Er muss seine Leistung anbieten, tut er dies nicht, treten die Folgen der gültigen Mahnung ein.[4]) Nur in einem Falle braucht er die wahre

[1]) cf. auch Marcian l. 32 pr. D. ht. 22, 1: an mora facta intellegatur neque constitutione ulla, neque iuris auctorum questione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris.

[2]) cf. Dernburg, Bürgerl. Recht II S. 163.

[3]) Bd. I § 137 Anm. 8.

[4]) Vergl. Dernburg, Pand. II S. 110 Anm. 5; Matthiass S. 194 f.

(geringere) Schuld nicht anzubieten, wenn der Gläubiger zu erkennen gibt, dass er eine geringere Leistung als die geforderte nicht annehmen würde.[1])

Geht das plus der Forderung ganz bedeutend über die wahre Schuld hinaus, so ist diese Mahnung nicht mehr als ein pluspetitio zu betrachten, sondern als eine Mahnung auf ein aliud.

Ferner kann eine pluspetitio darin liegen, dass der Gläubiger die Leistung an einem anderen Orte verlangt, als wo der Schuldner auf Grund des Schuldverhältnisses zu leisten verpflichtet ist. Man hat da zu unterscheiden, ob dieser neue Leistungsort für den Schuldner günstiger oder ungünstiger liegt. Im ersteren Falle wird nicht ein plus, sondern ein minus verlangt. Dieses beeinträchtigt die Gültigkeit der Mahnung nicht. Eine Leistungsverweigerung aus diesem Grunde würde wider Treu und Glauben verstossen. Ebenso wenn der dem Schuldner durch Leistung an dem neuen Leistungsorte entstehende Schaden nur ein ganz geringer ist. Zum mindesten muss er in diesem Falle die Leistung an dem wahren ursprünglichen Leistungsorte anbieten, dies trifft dann auch jeden Fall, wo der Schuldner erkennen konnte, dass der Gläubiger sich lediglich bei der Angabe des Leistungsortes in der Mahnung geirrt hat. Auch hier mit der Ausnahme, dass er die Leistung nicht anzubieten braucht, wenn er weiss, dass der Gläubiger die Annahme der Leistung an einem anderen Orte als den in der Mahnung angegebenen verweigern würde.

Im übrigen ist eine Mahnung auf Leistung an einem dem Schuldner ungünstigen Orte nicht wirksam, es sei denn, dass der Schuldner auch nicht geleistet haben würde, wenn von ihm Leistung an dem richtigen Orte verlangt worden wäre.[2])

---

[1]) So ist in der Praxis häufig entschieden: R. G. vom 8. 1. 04 Seuff. Arch. 59 Nr. 219 (391); R. G. Bd. 9 S. 141; 14 S. 108; Seuff. Arch. 32 und 309; R. O. H. G. Bd. 9 S. 271; Bd. 16 S. 200 (in Seuff. Arch. Bd. 31 Nr. 125); Bd. 18 S. 276; O. L. G. Stuttgart im Recht 1903 S. 209; O. L. G. Posen in Jur. Mon. für Posen 1904 S. 102.

Ferner Dernburg II, 2 § 71; Planck und Endemann haben sich jetzt ebenfalls angeschlossen. cf. Staudinger II, 1 S. 174 f.; Enneccerus II S. 487; Oertmann zu § 284 2d; Kipp zu Windscheid II zu § 279; Rehbein a. a. O. S. 120; Staub, Exkurs zum H. G. D. § 376 Anm. 12.

[2]) cf. Oertmann II S. 108 unter 2e.

Meist wird in der Mahnung der Leistungsort nicht genannt sein. Der Gläubiger verlangt damit stillschweigend Leistung am Erfüllungsorte.

Ist der Gläubiger auf Grund des Schuldverhältnisses seinerseits verpflichtet, an der Erfüllung des Schuldverhältnisses mitzuwirken und er leistet diese Mitwirkung nicht, er verlangt die Leistung ohne seine Mitwirkung, so ist auch darin eine pluspetitio zu erblicken. Eine so gestaltete Mahnung ist in jedem Falle als ungültig zu bezeichnen. So z. B., wenn der Gläubiger verpflichtet ist, die Leistung bei dem Schuldner abzuholen, d. h. wenn also eine Holschuld vorliegt und der Gläubiger nun ohne Rücksicht darauf den Schuldner zur Leistung mahnt und verlangt, dass ihm die Leistung gebracht werde.[1])

Handelt es sich um eine Wahlschuld und ist der Gläubiger beim Ausscheiden der zu liefernden Leistung auf Grund des Schuldverhältnisses verpflichtet mitzuwirken und er mahnt, ohne diese Mitwirkung zu leisten, so ist auch diese Mahnung ungültig. Steht dem Schuldner bei einer Wahlschuld das Wahlrecht zu und der Gläubiger mahnt auf einen bestimmten Gegenstand, so ist diese Mahnung nicht ohne weiteres für ungültig zu erklären. Der Schuldner ist in dem Falle verpflichtet, den von ihm selbst gewählten Gegenstand, auch wenn es ein anderer als der vom Gläubiger verlangte ist, anzubieten. Die obigen Erwägungen bei Mahnung auf ein aliud kommen hier in Anwendung. Auch hier ist ein Anbieten unnötig und die Mahnung ungültig, wenn der Schuldner annehmen muss, dass der Gläubiger keinen anderen als den von ihm bezeichneten Gegenstand annehmen würde.

Ist der Gläubiger verpflichtet, einen Schuldschein zurückzugeben oder ein Anerkenntnis auszustellen (§ 371 B. G. B.) und weigert er sich dazu, so ist seine Mahnung ungültig.[2])

---

[1]) cf. Matthiass S. 195.

Der Gläubiger braucht eine gültige Mahnung nicht zu wiederholen. Die Holschuld verwandelt sich daher nach gehöriger Mahnung in eine Bringschuld. (Protest beim Wechsel.) cf. Rehbein II S. 119 ff.

[2]) Vergl. Planck § 71 II 2; Enneccerus § 487; Paech S. 63—65; Matthiass S. 195; Rehbein S. 112 ff. Dem entspricht auch die Bestimmung des § 1160 Abs. 2 B. G. B Hiernach ist eine Mahnung seitens des

Es kann nun aber auch die Mahnung auf ein Weniger gerichtet sein, als der Schuldner zu leisten hat. Eine solche Mahnung ist bis zu der in der Mahnung geforderten Höhe ohne Zweifel gültig.[1]) Darüber hinaus nur dann, wenn der Schuldner erkennen konnte, dass lediglich ein Irrtum des Gläubigers vorlag. Eine Nichtleistung würde auch hier wider Treu und Glauben verstossen. Fordert der Gläubiger jedoch absichtlich nur einen Teil der geschuldeten Leistung, so ist sie nur in dieser Höhe wirksam.

§ 7.

Die Zeit der Mahnung und der Ort der Mahnung.

In § 284 B. G. B. ist ausdrücklich die Bestimmung getroffen, dass die Mahnung nach Fälligkeit erst gültig erfolgen kann.[2]) Wollte man die Bestimmung wörtlich nehmen, so wäre jede Mahnung, die vor und die mit der Fälligkeit der Leistung erfolgte, ungültig. Dass die vor Fälligkeit erfolgende Mahnung ungültig ist, ergibt sich, abgesehen von der Bestimmung des § 284 B. G. B., aus der Natur der Mahnung, wie aus der Natur eines jeden Schuldverhältnisses. Ehe der Gläubiger nicht berechtigt ist die Leistung zu verlangen, ehe der Schuldner nicht verpflichtet ist zu leisten, eher kann der Gläubiger den Schuldner auch nicht auffordern die Leistung vorzunehmen. Ebenso wie die Mahnung vor Fälligkeit ungültig ist, ebenso hat auch die Klage auf eine künftige Leistung entsprechend § 257 ff. Z. P. O. nicht die Wirkung einer Mahnung, solange die Forderung nicht fällig ist. Tritt nun während der Klage die Fälligkeit ein, so vertritt nunmehr

---

Gläubigers einer Briefhypothek unwirksam, wenn der Gläubiger nicht den Hypothekenbrief und, falls er nicht als Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist, auch die sein Gläubigerrecht erweisenden Urkunden dem Eigentümer vorlegt, vorausgesetzt, dass dieser die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Der Eigentümer kann jedoch mit dinglicher Wirkung auf dies Zurückweisungsrecht verzichten und dieser Verzicht kann in das Grundbuch eingetragen werden. R. G. 57, 342.

[1]) Vergl. Oertmann S. 108 unter 2 d; Claparède S. 115; Paech S. 62.

[2]) Vergl. Mot. Bd. 2 S. 59.

die Klage die Mahnung,[1]) denn in der Fortsetzung des Verfahrens liegt die stete Erneuerung des Leistungsverlangens.[2]) Eine Mahnung, die durch die Partei ausserhalb des Prozessverfahrens vor Fälligkeit der Leistung gestellt wird, aber Leistung nach Fälligkeit verlangt, gilt nicht in gleicher Weise als dauernd wiederholt, sodass sie gewissermassen auch noch nach Fälligkeit erklärt wäre. Eine derartige dauernde stillschweigende Wiederholung lässt sich in keiner Weise begründen. Sie widerspricht somit der gesetzlichen Bestimmung des § 284 B. G. B. und ist daher für unwirksam zu erklären.[3]) Eine solche Mahnung vor Fälligkeit würde auch dem oben klargelegten Zwecke des Gesetzes widersprechen, der darin besteht, vor Eintritt der Verzugsfolgen den Schuldner an die Fälligkeit der Leistung zu erinnern. Abzuweisen ist daher auch die Ansicht Dernburgs, der eine solche Mahnung für gültig erklären möchte, wenn nicht das Gesetz sie ausdrücklich für ungültig erklärt hätte.[4]) Andererseits ist der Ausdruck des Gesetzes „nach Eintritt der Fälligkeit" nicht so eng aufzufassen, dass zwischen Fälligkeit und Mahnung ein gewisser Zeitraum liegen müsse. Vielmehr können die Handlung, die die Fälligkeit herbeiführt, und die Mahnung miteinander verknüpft werden.[5]) So z. B. liegt in der Kündigung ohne Kündigungsfrist gleichzeitig die Mahnung.

Ist nun die Fälligkeit des Anspruches, die zunächst erforderliche Voraussetzung des Schuldnerverzuges eingetreten, so ist im einzelnen die Zeit der Mahnungshandlung in das Belieben des Gläubigers gestellt. Er braucht überhaupt nicht von seinem Rechte Gebrauch zu machen, solange kommt der Schuldner durch die Nichtleistung nicht in den Verzug, das Schuldverhältnis besteht fort und verjährt schliesslich, wenn der Verjährung nicht sonstige Hindernisse im Wege stehen. Andererseits kann der Gläubiger von seinem Mahn-

[1]) Vergl. oben Seite 35.

[2]) Vergl. Paech S. 71.

[3]) Matthiass S. 194; Oertmann S. 108; Enneccerus II zu § 284; Planck II zu § 284; Staub S. 1275; Claparède S. 105.

[4]) Dernburg II S. 166 zu 8.

[5]) Oertmann S. 108; Matthiass S. 195; Planck S. 92; Enneccerus II zu § 284; Endemann S. 779c; Dernburg II S. 166 Anm. 8; ebenso die Praxis, R. G. 50, S. 255, 261. Vergl. dagegen R. O. H. G. Bd. 7 S. 386.

rechte zu jeder Zeit Gebrauch machen. Manche Schriftsteller wollen dies Recht in der Weise einschränken, dass sie mit Rücksicht auf die guten Sitten eine Mahnung zu unpassender Zeit für nicht gültig erklären wollen. Sie stützen sich auf § 138 B. G. B. und wenden diese Vorschrift analog auf die Mahnung an. Die Unsittlichkeit eines solchen Geschäftes liegt nach Matthiass entweder in seinem unmittelbaren Inhalt und deswegen auch in der Bedeutung des Geschäftes für die Sittlichkeit, oder sie liegt lediglich in dieser letzten Bedeutung. Nicht dagegen werden Aeusserlichkeiten des Geschäftes, wie hier die Zeit seiner Vornahme, von dieser Bestimmung getroffen. Aber würde man sich auch berechtigt fühlen, die Bestimmung des § 138 B. G. B. auch auf die Aeusserlichkeiten eines Rechtsgeschäftes auszudehnen und diese auf die Mahnung anzuwenden, so wird sich ergeben, dass eine Mahnung zu einer nicht üblichen Zeit, z. B. nachts im Ballsaal, nicht die Vorschrift des § 138 B. G. B. verletzt. Massgebend für den Begriff der guten Sitten ist das Anstandsgefühlt der ehrbar, billig und gerecht Denkenden, nicht aber vornehme Gesinnung.[1]) Das Reichsgericht hat Anstand definiert: Anstand erfordert ein Verhalten, das nicht dergestalt gegen die Anschauung der sozial Gleichstehenden verstösst, dass der Handelnde dadurch bei diesen eine Einbusse in der Achtung und Anerkennung erleidet. Grosses Gewicht ist bei dieser Definition m. E. auf den Ausdruck Anschauung der sozial Gleichstehenden zu legen. Der Handwerker, der des Nachts im Ballsaal einen anderen Handwerker trifft und ihn wegen einer Schuld mahnt, erleidet bei diesem keine Einbusse in der Achtung und Anerkennung seitens des anderen. Der Offizier, der während eines Balles einen Kameraden an die Rückzahlung eines Darlehns mahnt, ebenfalls nicht. Ich möchte aber noch weiter gehen und auch für den Fall, dass wirklich durch die Wahl der Zeit, zu der die Mahnung ausgesprochen ist, die gute Sitte verletzt sein sollte, die Mahnung für gültig erfolgt halten mit dem Augenblick, wo sie erklärt ist und der Schuldner in der Lage war, sie entgegenzunehmen. Auch für den Fall, den

---

[1]) cf. R. G. Jur. Woch. 1910, S. 142; 1909, S. 412.

Wittmaack[1]) uns erzählt. „Soll das Gesetz einer frivolen und allen guten Sitten hohnlachenden Rechtshandlung, wie z. B. einer Mahnung während des Gottesdienstes, die harten Folgen des Verzuges auferlegen? Die „harten Folgen“ des Verzuges scheinen Wittmaack am meisten dabei zu stören. Nein, konnte der Schuldner seine Gedanken soweit auf die Worte des Mahnenden konzentrieren, dass er sie in sich aufnehmen konnte, so ist damit die Mahnung gültig vollzogen. Fühlt sich der Schuldner dadurch beleidigt, dass ihm die Mahnung an einem unpassenden Orte ausgesprochen wird, so steht es ihm ja frei, im Wege der Privatklage den Gläubiger wegen Beleidigung zu verfolgen. Viel Erfolg wird er allerdings auch damit nicht haben.

Nur ist, und das kommt schon in den Motiven[2]) zum Ausdruck, dem Schuldner eine angemessene Frist zu lassen, welche ausreichend sein muss, um die Leistung zu bewirken. Eine Mahnung zur Nachtzeit wird noch nicht sofort bei Nichtleistung den Verzug nach sich ziehen, es muss vielmehr erst eine Zeit abgewartet werden, in der von dem Schuldner die Erfüllung der Leistung verlangt werden kann. Im kaufmännischen Leben wird diese sich mit den Bürostunden decken.

Ueber den Ort, an welchem die Mahnung zu erfolgen hat oder erfolgen kann, bestimmt das B. G. B. nichts.

Wir haben zu unterscheiden, ob es sich um eine Holschuld oder um eine Bringschuld handelt. Liegt eine Holschuld vor, so ist es ja Aufgabe des Gläubigers, sich zu dem Schuldner zu begeben und sich die geschuldete Leistung zu holen. Leistet der Schuldner nicht, so gerät er sofort in Verzug. Ist der Schuldner nicht zugegen und handelt es sich nicht um einen dies certus, so ist nunmehr der Gläubiger

---

[1]) Wittmaack, die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges, Dissert. Leipzig 1908.

[2]) Mot. II S. 59.

Ueber die Zeit der Mahnung ist nichts weiter bestimmt, als dass sie wirksam erst nach Fälligkeit erfolgen kann. Bei der Beurteilung, ob infolge der Mahnung Verzug eingetreten sei, ist zu berücksichtigen, welche Zeit die Bewirkung der Leistung erfordert. Im übrigen hängt von der Zeit der Mahnung deren Wirksamkeit nicht ab.

berechtigt an demselben Orte zu mahnen, wie wenn es eine Bringschuld wäre.

Im übrigen gelten für den Ort der Mahnung dieselben Erwägungen, wie die oben für die Zeit der Mahnung getroffenen. Auch der Ort der Mahnung ist danach vollkommen in das freie Belieben des Gläubigers gestellt. § 138 B. G. B. findet auch hier keine Anwendung. Auch hier mag der Schuldner, der sich beleidigt fühlt, auf den Weg der Privatklage verwiesen werden. Wird der Schuldner an einem anderen als dem Erfüllungsorte gemahnt, so muss ihm auch hier eine besondere modicum tempus belassen werden, um seiner Leistungsverpflichtung nachkommen zu können.[1])

§ 8.

Ist die Mahnung unter Bedingung oder Befristung gültig?

Man hat bei einem unter einer Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft entsprechend § 158 B. G. B. zu unterscheiden zwischen der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung. Die aufschiebende Bedingung suspendiert den Eintritt der Geschäftswirkung, d. h. der geschäftlichen Vollwirkung, die auflösende Bedingung stellt den Fortbestand der Geschäftswirkung für die Zukunft in Frage und mit dem Eintritt der Bedingung soll der frühere Zustand wieder eintreten. Die Geschäftswirkung eines Rechtsgeschäftes bezw. einer Willenserklärung sind, wie oben auseinandergesetzt, gewollt rechtliche. Wenn nun die Rechtsordnung dem Parteiwillen gestattet, durch eigenes Wollen und Handeln rechtliche Wirkungen zu erzeugen oder wenigstens herbeizuführen, muss es auch weiter der Partei die Berechtigung geben, entsprechend den Bedürfnissen des einzelnen Falles die Wirkung ihres rechtlichen Willens bedingen (oder be-

[1]) cf. Dagegen Marcian in l. 32 pr. D. de usuris 22, 1, wonach eine mora begründet wird, si interpellatus opportuno loco non solverit. Vergl. ferner Motive II. S. 59. Im übrigen vergleiche bezüglich der Literatur die Angaben bei den Ausführungen über die Zeit der Mahnung.

tagen zu können. Dies ist durch die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 158 ff. vom Gesetzgeber geschehen. Danach kann also der Eintritt der rechtlichen Folgen entsprechend dem Wollen der Parteien bedingt (bezw. betagt) werden.[1])

Irrtümlich wäre es, wollte man annehmen, der Wille eine Handlung vorzunehmen, eine Erklärung abzugeben, mit andern Worten der Erklärungswille sei bedingt, sondern der unbedingte Wille erstreckt sich darauf, eine Rechtswirkung bedingt herbeizuführen. Nun ist es uns auch ohne weiteres klar, dass die Vorschriften über Rechtsgeschäft bezw. Willenserklärung, soweit sie die Bedingung derselben betreffen, nicht auf Rechtshandlungen im engern Sinne und somit auch nicht auf die Mahnung übertragen werden können. Bei diesen ist der Eintritt der Rechtswirkung unabhängig von dem Willen der Partei. Wenn nun der Eintritt der Rechtsfolgen an sich schon der Willkür der Parteien entzogen ist, dann kann erst recht nicht die Partei den Eintritt derselben bedingen.[2]) Genau so verhält es sich mit einer analogen Anwendung der gesetzlichen Bestimmung über die Befristung eines Rechtsgeschäfts bezw. einer Willenserklärung. Auch hier wird der Eintritt der rechtlichen Folgen befristet aus der Willkür der Partei heraus. Für die Mahnung ist entsprechend ihrer rechtlichen Natur demnach auch eine Befristung abzulehnen. Trotzdem sind Fälle häufig, in denen der Eintritt der Rechtsfolgen scheinbar von einer Bedingung oder Befristung abhängig gemacht ist und die Mahnung trotzdem als gültig anzusehen ist. Es handelt sich in den Fällen aber garnicht um eine Bedingung oder Befristung, sondern um eine Mahnung, bei der der Mahnende auf die Geltendmachung seiner Ansprüche aus dem Verzuge verzichtet hat. Oder eine Mahnung liegt überhaupt nicht vor, sondern es handelt sich um die Festsetzung eines bestimmten Termines, an dem der Schuldner leisten soll.[3]) Es ist Sache des

[1]) cf. Walsmann in Jherings Jahrb. Bd. 54 S. 197 ff., besonders S. 212 S. 13—15.

[2]) Vergl. Biermann I S. 309; Manigk, Anwendungsgebiet S. 295 ff.; ders. Willenserklärung und Willensgeschäft S. 742. Ferner Bruck a. a O. § 33.

[3]) Zum Beispiel die Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, binnen einer Woche die schuldige Leistung zu bewirken, ist keine Be-

Richters, im einzelnen Fall zu prüfen, ob eine gültige Mahnung vorliegt oder nicht.

Es ist noch zu erwähnen, dass, wenn nicht die Wirkung der Mahnung bedingt oder befristet sein darf, vielleicht die Erklärung selbst bedingt oder befristet sein könnte. Das ist aber logisch unmöglich. Eine Erklärung ist entweder abgegeben oder sie ist nicht abgegeben. Eine Erklärung, die jemand heute abgibt, die aber nur abgegeben sein soll, wenn morgen irgend ein Ereignis eintritt, ist Unsinn.

Die Mahnung kann also nur unbedingt und unbefristet gültig abgegeben werden.[1])

§ 9.

Kommen die Vorschriften über Willensmängel B. G. B. §§ 116—124 analog zur Anwendung?

§ 116 S. 1 B. G. B. bestimmt, dass eine Erklärung nicht deshalb nichtig sei, weil der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Bei dieser sogenannten Mentalreservation will also der Erklärende die Erklärungshandlung, nicht aber ihren Inhalt, den er aber als gewollt betrachtet wissen will. Unter dem Wollen des Inhalts der Erklärung ist der Wille auf eine rechtliche Bindung, auf eine rechtliche Folge zu verstehen. Das Gesetz lässt aber trotz dieses fehlenden Willens die Erklärung gültig sein, für ihn ist nur das äussere Verhalten, nicht der innere Wille massgebend. Denken wir nun wieder daran, dass bei der

---

fristung der Mahnung bezw., was ja unmöglich ist, der rechtlichen Folgen derselben, sondern es ist die Erklärung, dass ab heute in einer Woche die Leistung spätestens verlangt werde, wobei der letzte Tag der Frist ein dies certus ist. Dieser ersetzt dann eine Mahnung. Sobald ein dies incertus genannt ist, ist die Mahnung ungültig. Vergl. dazu unten unter § 12.

[1]) Zu dem gleichen Resultat kommt auch Staudinger, der allerdings die Mahnung für ein Rechtsgeschäft hält. Er verweist auf die Motive II S. 58 und hält eine eventuelle oder bedingte Mahnung für wirkungslos, weil sie der erforderlichen Bestimmtheit entbehrt.

An diese Auffassung hat sich auch Bensberg, Dissertation Rostock 1905, angeschlossen.

Mahnung als eine Rechtshandlung im engeren Sinne ein Wille auf einen Rechtserfolg garnicht vorhanden zu sein braucht, um die vom Gesetz bestimmte Wirkung eintreten zu lassen, so bemerken wir, dass diese Bestimmung des § 116 Abs. 1 B. G. B. für die Mahnung überflüssig ist. Ob der Mahnende sich innerlich sagt, er wolle die Rechtsfolgen nicht, ist ganz gleichgültig für ihren Eintritt. Es bedarf also einer analogen Anwendung des § 116 Abs. 1 auf die Mahnung nicht, sie ist ohne weitere gesetzliche Bestimmung in diesem Falle gültig.

Auch die Bestimmungen des Satz 2 des § 116, wie die des § 117 sind überflüssig. Dies ergibt sich aus dem Wesen und dem Zweck der Mahnung. Wir haben gesehen, dass die Mahnung die Aufforderung seitens des Gläubigers an den Schuldner ist zu leisten, was er schuldet. Im § 116 S. 2 will der Gläubiger den Schuldner garnicht mahnen und der Schuldner weiss dieses, im § 117 gibt der Gläubiger die Erklärung im Einverständnis mit dem Schuldner nur zum Schein ab. In diesen Fällen ist dem Schuldner ja bekannt, dass die Erklärung der Aufforderung zur Leistung nicht gelten soll. Von einer gültigen Mahnung kann da nicht die Rede sein.

Ist die Mahnung von dem Gläubiger nicht ernstlich gemeint, und hatte der Gläubiger die Erwartung, dass der Mangel der Ernstlichkeit nicht anerkannt werden würde, so ist die Mahnung nichtig. § 118 B. G. B. findet somit analoge Anwendung.

Bei einem Irrtum im Sinne des § 119 B. G. B. haben wir bezüglich der Mahnung zwei Fälle zu unterscheiden. Einmal liegt der Irrtum darin, dass der Gläubiger eine falsche Person als seinen vermeintlichen Schuldner mahnt oder eine nicht geschuldete Leistung verlangt, oder eine noch nicht fällige Leistung. In diesen Fällen ist die Mahnung ohne weiteres ungültig, das ergibt sich wieder aus dem Wesen der Mahnung. Dann aber kann der Irrtum darin liegen, dass der Gläubiger eine Schuld verlangt, die wohl besteht und auch fällig ist, die er aber noch nicht geleistet haben will. Will der Gläubiger nun diese Mahnung rückgängig machen, so bedarf es nicht einer Anfechtung seinerseits, sondern lediglich der Zurücknahme der Erklärung. Diese

wirkt nun allerdings insoweit anders als die erfolgreiche Anfechtung, als sie nur eine Wirkung ex nunc zeitigt. Genügt dies dem Gläubiger nicht, so kann er auf seine Rechte aus dem Verzuge verzichten. Dieser Verzicht ist empfangsbedürftig und ein Vertrag. Würde nun der Schuldner (zu seinem eigenen Schaden) diesen Verzicht nicht annehmen, so würde eine Anfechtungsklage dem Kläger, auch wenn er formell damit durchdränge, nichts nützen, denn nach Fälligkeit kann der Schuldner jederzeit leisten und der Gläubiger muss die Leistung annehmen, wenn er nicht selbst in den Verzug kommen will. Im übrigen wäre eine Anfechtung der Mahnung seitens des Gläubigers dem Sinne und dem Zwecke der Anfechtung völlig widersprechend. Die Anfechtung ist dem wirtschaftlich Schwächeren gegeben, um unbeabsichtigte rechtliche nachteilige Folgen von sich abzuwenden. Nicht aber, um für sich vorteilhafte Folgen von dem Gegner, den sie umgekehrt als nachteilige treffen, abzuwenden.

Es bedarf somit auch nicht einer analogen Anwendung des § 119. Das gleiche gilt im Falle des § 123 B. G. B., wenn der Gläubiger von einem dritten gezwungen wird, die Mahnungserklärung abzugeben. Der Verzug tritt auf die Mahnung hin ein, wenn der Schuldner nicht leistet, der Gläubiger kann aber jederzeit nach Aufhören der Zwangslage die Mahnung zurücknehmen. Auch § 120 ist nicht analog anzuwenden. Eine unrichtig übermittelte Mahnung ist ohne weiteres ungültig. Eine Anfechtung ist hier auch praktisch zwecklos, es genügt eine Erneuerung der richtigen Mahnung.

Es ist eben mehrfach darauf hingewiesen, dass die Mahnung zurückgenommen werden könne. M. E. ist eine Zurücknahme der Mahnung entsprechend ihrer rechtlichen Natur zulässig. Es handelt sich bei der Zurücknahme der Mahnung nicht um die Zurücknahme der Rechtsfolgen durch den Parteiwillen — das wäre bei der Mahnung als Rechtshandlung unmöglich. Es handelt sich lediglich um die Zurücknahme der Aufforderung zur Leistung. Dass diese zulässig sein muss, ergibt sich einmal aus dem Wesen der Mahnung insofern, als die Befugnis zur Mahnung im konkreten Fall ein subjektives Recht ist. Grade so gut wie ich mein Recht geltend machen kann,

indem ich den Schuldner mahne, ebensogut kann ich es auch nicht geltend machen und ebensogut kann ich es nach Geltendmachung wieder zurücknehmen.

Leistet der Schuldner trotz Mahnung nicht, so treten ex lege die Verzugsfolgen ein. Nehme ich die Mahnung zurück, so fallen damit auch die Gesetzesfolgen fort. Natürlich erst von dem Augenblick der Zurücknahme an. Solange die Mahnung bestand, bestanden auch die Verzugsfolgen. Ohne Mahnung können in den Fällen, wo Mahnung erforderlich ist, auch keine Verzugsfolgen eintreten. Damit ergibt sich auch, dass die Zurücknahme der Mahnung nur ex nunc wirkt. Mahne ich heute meinen Schuldner und er leistet nicht und nehme ich nun nach einiger Zeit die Mahnung zurück, so hat der Schuldner in der Zwischenzeit die Folgen des Verzuges zu tragen. Geht der zu leistende Gegenstand in der Verzugszeit durch Zufall unter, so hat der Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten. Nach der Zurücknahme steht es dem Gläubiger jederzeit frei, die Mahnung zu wiederholen, denn die Zurücknahme ist ja kein Verzicht auf die Ausübung des Rechtes überhaupt, sondern nur auf eine einstweilige Ausübung desselben. [1])

---

[1]) Vergl. Kipp in der Festgabe für Koch, „Rechtswahrnehmung und Reurecht“ S. 119 ff.

Biermann S. 256 meint, man müsse die Vorschriften über Willensmängel analog zur Anwendung bringen auf die Willensäusserungen ohne Rechtsgeschäftscharakter, zu denen er die Mahnung rechnet; siehe S. 114. Denn eine nicht ernstlich gemeinte oder simulierte Mahnung sei immerhin denkbar, ebenso eine durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung herbeigeführte. Der Mangel des Willens läge in diesen Fällen nicht in dem Willen, den Schuldner in Verzug zu setzen, sondern beträfe den Willen, dass der Schuldner zahle. „Eine Scheinmahnung ist danach nicht eine Mahnung, durch welche der Mahnende den Schuldner mit dessen Einverständnis nicht in Verzug setzen will, sondern eine Mahnung, in welcher, womit der Schuldner einverstanden ist, kein Zahlungsbegehren des Gläubigers liegt.“ In dem Zahlungsbegehren liegt ja aber grade das Wesen der Mahnung, ist kein Zahlungsbegehren vorhanden, kann auch nicht von einer Aufforderung zur Zahlung die Rede sein und damit ist auch keine Mahnung gegeben. Vergl. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft § 188.

§ 10.

Die Mahnung bei gegenseitigen Verträgen.

Bei einer Reihe von Verträgen, den sogenannten gegenseitigen Verträgen, liegt es im Begriff und im Wesen, dass beide Vertragsparteien von vornherein zur Leistung verpflichtet sind. Beide Parteien wollen hier ihre Leistung nur wegen der Gegenleistung erfüllen. Die Leistung und Gegenleistung stehen in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnis (synallagmatische Verträge). Aus diesem Begriff der gegenseitigen Verträge ergibt sich, dass keine Partei von der anderen die Vertragsleistung verlangen darf, ohne die ihm obliegende Leistung zu bewirken, d. h. also es müssen die Leistungen Zug um Zug erfolgen. [1])

Prozessrechtlich ergeben sich aus diesem Grundsatz zwei Alternativen. Die eine im Allgemeinen Landrecht [2]) geltend verlangt, dass der Kläger bei der Begründung seiner Klage nachweist, dass er entweder seine Leistung bereits bewirkt habe, oder dass er bereit sei, Zug um Zug zu leisten oder dass der Beklagte vorzuleisten habe.

Die andere Alternative war im gemeinen Recht die herrschende, und sie ist auch in das B. G. B. [3]) aufgenommen, gestattet dem Kläger seinen ihm zustehenden Anspruch auf Leistung ohne weiteres geltend zu machen. Der Beklagte ist dann aber berechtigt, seine Gegenansprüche im Wege der Einrede vorzubringen. Diese Einrede hat dann die Wirkung, dass der Schuldner nicht schlechthin zur Leistung verurteilt wird, sondern nur zur Leistung Zug um Zug (§§ 274, 322 B. G. B.). Bringt der Schuldner diese Einrede nicht vor, so ist im Gegensatz zum A. L. R. die noch nicht erfüllte

---

[1]) Abgesehen von besonderen Vertragsabreden oder Gesetzesvorschriften, so z. B. hat die Mietzahlung entsprechend § 551 B. G. B. am Ende der Mietzeit zu geschehen.

[2]) A. L. R. I 5, 271: Wer die Erfüllung eines Vertrages fordert, muss nachweisen, dass er demselben von seiner Seite Genüge geleistet habe, oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei.

[3]) B. G. B. § 320: Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist.

Gegenleistung nicht von Amtswegen zu berücksichtigen. Erscheint also der Beklagte im Termine nicht und beantragt der Kläger Versäumnisurteil auf Leistung, so ergeht dieses Urteil nach Antrag, ohne Berücksichtigung der Gegenforderung.

Wenn nun selbst bei der Klagerhebung, die doch den Charakter der stärksten Mahnung trägt, der Gläubiger seine Leistung nicht anzubieten braucht, so wird man dies auch bei einer sonstigen Mahnung ebenfalls nicht verlangen können. Wie nun im Prozess der Schuldner gegen die Klage die Einrede des nichterfüllten Vertrages geltend machen kann, d. h. seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern darf, so kann auch bei der Mahnung der Schuldner entweder die Gegenleistung anbieten, Leistung Zug um Zug verlangen, oder die Leistung solange verweigern, bis jene angeboten wird. Erklärt der Schuldner nicht sogleich nach empfangener Mahnung, einen dieser Wege einschlagen zu wollen, so ist die Mahnung gültig.[1]) Bietet andererseits der Gläubiger auf eine solche Erklärung des Schuldners hin die Gegenleistung seinerseits nicht sofort an, so gerät er selbst in den Verzug, § 298 B. G. B. Diese letzte Bestimmung gilt nicht nur bei allen gegenseitigen Verträgen, sondern auch bei allen Zug um Zug-Geschäften. So zum Beispiel, wenn der Gläubiger zur Aushändigung einer Urkunde im Sinne des § 410 verpflichtet ist, oder wenn der Schuldner Anspruch hat auf eine Quittung oder die Rückgabe eines Schuldscheines, §§ 368, 371, oder auf Aushändigung der Schuldverschreibung und des Hypothekenbriefes, § 797, 1144.

---

[1]) Vergl. R. G. E. vom 9. 4. 02 I 423/10. Verweigert nun der Schuldner die Leistung in der Annahme, es stände ihm eine Gegenforderung zu, so tut er dies auf die Gefahr hin, dass die Gegenforderung nicht besteht. Leistet er demnach auf die Mahnung hin nicht, so treten vom Augenblick der Mahnung an die Verzugsfolgen gegen ihn ein. R. G. E. 18. 10. 07 III 93/07. Ebenso wenn er annimmt, zur Vorausleistung nicht verpflichtet zu sein. Seine Verzögerung wird mit dem Augenblick eine schuldhafte, in dem er aus einem Schreiben des Gläubigers erfährt, dass seine Auffassung eine unrichtige ist. R. G. Jur. Woch. 1908, 285. Staudinger zu § 284 S. 174 konstruiert in der Mahnung ohne Angebot der eigenen Leistung ein stillschweigendes Angebot derselben. Dieser Auffassung ist m. E. nicht zuzustimmen.

Schliesslich auch, wenn der Schuldner einen Ersatzanspruch hat aus einem Auftragsverhältnis oder aus einer Verwahrung, §§ 670 und 693.[1])

§ 11.

Verteilung der Beweislast im Falle des Rechtsstreites.

Stützt im Falle eines Rechtsstreites der Kläger seinen Anspruch auf den Verzug des Beklagten, so hat er im Falle des Bestreitens seitens des Beklagten den Eintritt der Voraussetzungen des Verzuges zu beweisen. Also auch die erfolgte Mahnung oder die ihr durch das Gesetz gleichgestellten Voraussetzungen des Verzuges, die Erhebung der Leistungsklage oder die Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren. Es liegt dem Kläger somit auch der Beweis ob, dass die Form, der Inhalt, die Zeit und der Ort der Mahnung dem Gesetze entspricht. Bestreitet der Schuldner, dass der Gläubiger die ihm obliegende Verpflichtung zur Mitwirkung geleistet habe, so hat der Gläubiger die behauptete Mitwirkung zu beweisen. Behauptet aber im Prozesse der Schuldner geleistet zu haben, so braucht der Gläubiger die Nichterfüllung der Verpflichtung seitens des Schuldners nicht zu beweisen, vielmehr liegt dem Schuldner der Beweis ob, dass er die Leistung innerhalb der erforderlichen Zeit nach der Mahnung, nach der Klagerhebung oder nach der Zustellung des Zahlungsbefehles bewirkt[2]) hat. Im Gegensatz zu dem Bestreiten der Tatsache der Mahnung liegt in der Behauptung der Erfüllung die Behauptung einer rechtsvernichtenden Tatsache, die, sofern nicht Rechtsvermutungen vorhanden sind, unter die Beweislast des Beklagten fallen.

---

[1]) Dasselbe gilt auch für den Fall, dass dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht zusteht. Sächs. Arch. 1911, 214, R. G. E. vom 17. III. 11.

[2]) Oder dass er ordnungsgemäss angeboten hat. Vergl. Planck II zu § 284; I S. 50 Vorb. V 7; Enneccerus I S. 439 Anm. 6; Leonhardt, Beweislast S. 325; Stölzel a. a. O. I S. 85 ff.

Ebenso hat der Beklagte das Vorbringen eines ihm selbst zustehenden Rechtes, wodurch das Klagerecht ausgeschlossen wird, zu beweisen. So hat er zu beweisen, dass er die Leistung Zug um Zug angeboten habe, dass er Sicherheitsleistung verlangt habe, dass er die Leistung gegen Aushändigung einer Quittung, eines Schuldscheines, eines Anerkenntnisses, des Hypothekenbriefes usw. angeboten habe.

Der Kläger hat nun den Gegenbeweis dafür anzutreten, dass er die erforderliche Gegenleistung bewirkt habe, die Quittung ausgestellt, den Schuldschein, den Hypothekenbrief ausgehändigt habe usw., oder dass er diese Leistungen angeboten habe.

Behauptet der Kläger, für die Leistung sei ein Termin nach dem Kalender bestimmt, oder die Leistung habe innerhalb einer nach dem Kalender zu berechnenden Zeit von der Kündigung ab erfolgen müssen, so sind dieses klagbegründende Tatsachen, deren Beweis dem Kläger obliegt. Er hat hier also zu beweisen, dass die fragliche Zeit abgelaufen ist und im zweiten Fall, dass die Kündigung erfolgt ist. Der Exkulpationsbeweis, dass die Leistung infolge eines Umstandes unterblieben sei, den er nicht zu vertreten habe, steht dem Schuldner in jedem Falle offen.

Der klagende Stellvertreter muss ausser den dem Gläubiger obliegenden Beweisen noch beweisen, dass er das Geschäft im fremden Namen abgeschlossen habe.

§ 12.

Fälle, in denen der Verzug auch ohne Mahnung eintreten kann.

Das B. G. B. hat in seiner Bestimmung des § 284 Abs. 2 den Grundsatz der Erfordernis der Mahnung zum Eintritt des Verzuges durchbrochen. Es bedarf danach zur Herbeiführung des Schuldnerverzuges keiner Mahnung, wenn die Zeit der Leistung nach dem Kalender bestimmt ist, oder wenn die Zeit der Leistung von einer Kündigungsfrist abhängig ist und diese sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt. Mit dieser Bestimmung hat das

B. G. B. den gewohnheitsrechtlich für das gemeine Recht anerkannten Satz dies (adiectus) interpellat pro homine übernommen.[1]) Im gemeinen Recht bestand allerdings noch die Einschränkung, dass ein solcher dies certus nur durch Vertrag begründet werden könnte, heute gilt der Satz, einerlei, ob der Termin durch Vertrag, durch Gesetz oder durch Urteil festgelegt ist. Auch nach Fälligkeit kann der Gläubiger einseitig einen derartigen Leistungstermin festsetzen, das kann aber den Schuldner nicht verhindern, seiner Berechtigung, nach Fälligkeit sogleich zu leisten, nachzukommen.[2])

Entsprechend dem oben klargelegten Zwecke der Mahnung erübrigt diese sich durch Festsetzung eines dies certus. Wir hatten geschieden zwischen dem Zwecke, den der Mahnende verfolgt, und dem, den das Gesetz mit der Mahnung verfolgt. Der Ersatz der Mahnung durch den dies certus entspricht beiden Zwecken. Der Mahnende gibt durch Festsetzung eines Leistungstermines zu erkennen, dass er an diesem Tage von dem Schuldner die fällige Leistung verlangt. Andererseits hält das Gesetz einen dies certus für genügend, denn durch diesen wird die Aufmerksamkeit des Schuldners schon in höherem Grade an seine Leistungsverpflichtung erinnert. Der nach dem Kalender bestimmte Leistungstermin erübrigt somit eine Mahnung, nicht dagegen tritt er, wie einige Schriftsteller behaupten, an ihre Stelle.[3])

Nach dem Kalender bestimmt ist eine Leistung dann, wenn entweder das Datum angegeben ist, an welchem die Leistung erfolgen soll, oder wenn es dem Schuldner ohne Schwierigkeit möglich ist, das Datum aus der Terminsbestimmung zu berechnen. Es genügt, sagen die Motive,[4])

---

[1]) Dieser Satz war seit der Glosse „committitur" zu D. 22, 1 allgemein anerkannt. Savigny bestritt mit Recht die quellenmässige Richtigkeit dieses Grundsatzes. Ueber seine Einbürgerung aus dem deutschen Recht siehe Stobbe-Lehmann D. Pr. R, Bd. 3 § 229. Auch das A. L. R. hatte den Grundsatz dies certus interp. pro h. aufgenommen. A. L. R. I 17, 67. Nicht dagegen code civil. Nach Art. 1139 desselben tritt die Fälligkeit ohne Mahnung nur bei ausdrücklicher rechtsgeschäftlicher Anordnung, nicht schon als Folge der Festsetzung eines bestimmten Erfüllungstermines ein.

[2]) Vergl. Planck § 284 Nr. 4 bis 6; Oertmann II S. 109.

[3]) So z. B. Mommsen a. a. O. S. 108.

[4]) Motive II S. 57.

wenn nur die Leistungszeit nach dem Kalender im einzelnen Falle mindestens derart sich ergibt, dass für den Schuldner klar vorliegt, wann spätestens geleistet werden muss. Also gilt dies auch dann, wenn es sich um Termine wie Ostern oder Pfingsten handelt, Tage, die an ein bestimmtes Datum nicht gebunden sind. Auch eine Bestimmung wie 8 Wochen a dato lässt sich genau nach dem Kalender berechnen und ist als gültige Terminssetzung anzusehen. Nicht dagegen eine Bestimmung wie Mitte des Monats oder „Lieferzeit ca. 6 Wochen" oder gar, wenn diese Termine noch von dem Eintritt eines sonstigen Ereignisses, das selbst zeitlich unbestimmt ist, abhängig gemacht wird, wie z. B. die Bestimmung, die Leistung solle bis Mitte des auf eine Lieferung folgenden Monats erfolgen. [1]) Dem entsprechend bedarf es auch im Falle einer Abmachung des Inhalts „Auflassung spätestens bis . ." noch der Aufforderung zum Erscheinen zu einer bestimmten Stunde auf dem Gerichte. [2])

Hierher gehören auch die Fälle, wo es sich scheinbar um eine befristete Mahnung handelt. Wie oben schon ausgeführt, ist eine solche nicht möglich, sondern es handelt sich entweder um die Bestimmung eines bestimmten Leistungstermins, oder die Mahnung ist nicht gültig erfolgt. So ist z. B. die Bestimmung, zahlbar binnen 2 Monaten, eine gültige Bestimmung eines Leistungstermins. Der letzte Tag der zwei Monate (entsprechend § 193 B. G. B.) ist dann der dies certus, an dem spätestens zu leisten ist, wenn nicht die Verzugsfolgen eintreten sollen.

Von dieser Bestimmung eines dies certus an wie certus quando hat das Gesetz mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung eine Ausnahme gemacht. Nämlich in § 284

---

[1]) Vergl. R. G. E. vom 17. Nov. 1905; Seuff. Arch. 1906 S. 579. (Vergl. dagegen die scheinbar widersprechende Entscheidung desselben Senats im R. G. Bd. 53 S. 12); R. G. Bd. 60 S. 84; Jur. Woch. 1905 S. 171 enthält die entsprechende Entscheidung, dass die Bestimmung der Zahlung am Ende jeder Empfangswoche keine Zeitbestimmung im Sinne des § 284, 1 ist, weil sie einen bestimmten an sich nach dem Kalender zu berechnenden Tag nicht ergibt, vielmehr noch von dem Eintritt eines sonstigen Ereignisses abhängig ist. Ebenso R. G. Bd. 68, 17, 22 und R. G. Urteil vom 5. IV. 1907 II 392/06.

[2]) R. G. Seuff. Arch. 59, 409.

Abs. 2 S. 2 bestimmt es, dass der Bestimmung im Satz 1 der Fall gleichzustellen ist, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt. So z. B. wenn A dem B am 1. April ein Darlehn gibt, das am 1. Juli zurückzuzahlen ist, so kommt B, wenn er am 1. Juli nicht zahlt, in den Verzug, ohne dass eine Mahnung nötig ist. Ebenso, wenn das Darlehn auf zweiwöchentliche Kündigung gegeben war und der B trotz am 1. April erfolgter Kündigung am 15. April nicht spätestens zurückgezahlt hat. Nicht dagegen darf man die Bestimmung des § 284 Abs. 2 S. 2 ausdehnend auslegen und auf andere Fälle anwenden, in denen die Berechnung des Tages nach einem anderen an sich ungewissen Ereignis erfolgen kann. [1])

Trotz der Bestimmung eines Termins zur Leistung kommt bei Nichtleistung der Schuldner nicht in Verzug, wenn die Nichtleistung auf einem Umstande beruht, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. § 285 B. G. B.

Ist vereinbart, dass die Bestimmung des Termins nur den Sinn haben soll, dass der Gläubiger die Leistung nicht eher verlangen darf, so tritt ebenfalls kein Verzug ein, sondern es bedarf nunmehr noch einer Mahnung seitens des Gläubigers.

Handelt es sich um eine Holschuld, bei der der Termin der Leistung ein bestimmter ist, so muss der Gläubiger an diesem Tage sich bei dem Schuldner einfinden. Nur dann kann im Falle der Nichtleistung der Schuldner in den Verzug kommen.

---

[1]) cf. R. G. Bd. 60 S. 84; Jur. Woch. 1905 S. 171. Dies ist auch ausdrücklich sowohl in der Begründung des ersten Entwurfes Bd. II S. 57, wie besonders auch bei den Beratungen der II. Kommission (Metallographische Protokolle S. 8424) unzweideutig zum Ausdruck gebracht. Vergl. Planck zu § 284; Rehbein S. 120 Nr. 111.